



ANNO - XIX

AMBIENTE DIRITTO

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Fascicolo n. 4/2019 - ISSN 1974-9562

L'art. 116 cost. e la preoccupazione (strumentale?) della marginalizzazione del parlamento. **ENRICO MINNEI**

The "CORDELLA V. Italy" case. **FRANCESCO CARELLI**

From "corporate disloyalty" to "unfair competition". **MANLIO D'AGOSTINO PANEBIANCO**

I principi «costituzionalmente» tutelati e la loro contrapposizione. Nota: dalla sentenza n. 85/2013 Corte Cost. alla sentenza n. 58/2018. **VINCENZA IMMACOLATA GIGANTE**

Attività istituzionale degli enti del terzo settore e atti di pianificazione urbanistica. **GIULIA MILO**

Climate change and the new green deal. **TULLIO ROSEMBUJ**

Urbanistica: l'abuso di necessità. Nota a Cassazione pen., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 40396. **LORENZO BRUNO MOLINARO**

L'annullamento d'ufficio e l'ordine di demolizione. Il contrasto all'abusivismo edilizio tra obbligo di motivazione e legittimo affidamento. **STEFANO DE ROSA**

Sostenibilità ambientale, energie rinnovabili ed efficientamento. Brevi note sulla funzione promozionale dei pubblici poteri. **ROBERTO MICCÙ - MICHELA BERNARDI**

Emergenza e tutela ambientale nel sistema delle fonti. **DARIO ELIA TOSI**

L'emergenza abitativa dopo il sisma del 2016. **FULVIA PASSANANTI**

Prevenzione e precauzione nella disciplina dei lavori pubblici. **RUGGIERO DIPACE**

Aggregazione e centralizzazione degli acquisti pubblici in Italia. **ERICA BASSANO**

AMBIENTEDIRITTO - EDITORE®

ISSN 1974-9562



9 771974 956204

Anno 2019



AmbienteDiritto.it

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Testata registrata presso il Tribunale di Patti (Reg. n. 197 del 19/07/2006)

ISSN 1974-9562

DIRETTORE RESPONSABILE: **Fulvio Conti Guglia**

DIRETTORI SCIENTIFICI:

Giuseppe Albenzio *Vice Avvocato Generale dello Stato*; **Raffaele Chiarelli** *Professore Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi Guglielmo Marconi*; **Claudio Rossano** *Professore Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Roma La Sapienza*.

COMITATO DIRETTIVO:

Paolo Bianchi *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Camerino*; **Simone Budelli** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Perugia*; **Guglielmo Cevolín** *Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine*; **Salvatore Cimini** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo*; **Angelo Lalli** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi La Sapienza*; **Alfredo Morrone** *Docente a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi Chieti – Pescara*.

COMITATO SCIENTIFICO:

Richard Albert *Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin*; **Domenico Amirante** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*; **Gaetano Armao** *Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo*; **Francisco Balaguer Callejón** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada*; **Michele Belletti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna*; **Mario Bertolissi** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova*; **Francesca Biondi** *Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano*; **Elena Buoso** *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova*; **Paola Caputi Jambrenghi** *Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"*; **Marcello Cecchetti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari*; **Cristiano Celone** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo*; **Mario Pilade Chiti** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze*; **Antonio Colavecchio** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo*

(IUS/10) Università degli Studi di Foggia; **Gian Paolo Dolso** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **Marina D'Orsogna** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo; **Vera Fanti** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia; **Renato Federici** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza; **Leonardo Ferrara** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze; **Diana Urania Galetta** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano; **Giuseppe Garzia** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna; **Paolo Giangaspero** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma; **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell'Aquila; **Andrea Gratteri** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia; **Dimitris Liakopoulos** Full Professor of European Union Law in Fletcher School of Law and Diplomacy - Tufts University; **Vincenzo Lippolis** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi Internazionali di Roma; **Fabrizio Lorenzotti** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Francesco Longobucco** Professore Associato di Diritto Privato (IUS/01) Università Roma Tre; **Giuseppe Losappio** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli studi di Bari "Aldo Moro"; **Antonella Massaro** Professore Associato Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre; **Ludovico Mazzarolli** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine; **Agostino Meale** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari; **Cesare Mirabelli** Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico (IUS/11) Università degli Studi Roma Tor Vergata, Presidente Emerito della Corte costituzionale; **Stefano Nespore** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano; **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba; **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia; **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia; **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa; **Aristide Police** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata; **Nicoletta Rangone** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA; **Cecilia Ricci** Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise; **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino; **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari; **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa; **Tulio Raul Rosembuj** Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS; **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania; **Andrea Scella** Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine; **Elisa Scotti** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo - Docente di Diritto dell'Ambiente - (IUS/10) Università degli Studi di Macerata; **Andrea Simoncini** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze; **Sara Spuntarelli** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Dario Elia Tosi** Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta; **Duccio Traina** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze; **Silvio Troilo** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bergamo; **Francesco Fabrizio Tuccari** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi del Salento.

COMITATO DI REDAZIONE:

Antonio Mitrotti *Coordinatore (Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico comparato, Università degli Studi di Teramo); Daniela Di Paola (Funzionario MIUR); Maria Assunta Icolari (Ricercatore Università degli Studi G. Marconi di Roma - Resp. Diritto Tributario Ambientale); Chiara Ingenito (Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato Internazionale, Università degli studi di Roma La Sapienza); Agatino Giuseppe Lanzafame (Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale Comparato, Università degli studi di Catania); Olivia Pini (Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Modena); Agostino Sola (Praticante avvocato presso l'Avvocatura dello Stato); Leo Stilo (Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Link Campus University Executive Calabria); Giacomo Vivoli (Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Università degli Studi di Firenze).*

ELENCO DEI REFEREES:

Giuseppe Ugo Abate *(Università degli Studi di Palermo); Xavier Arbos Marin (Universidad de Barcelona); Annamaria Bonomo (Università degli Studi di Bari); Marco Brocca (Università degli Studi del Salento); Marco Calabrò (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli); Achille Antonio Carrabba (Università degli Studi di Bari Aldo Moro); Gian Franco Cartei (Università degli Studi di Firenze); Giovanni Catalisano (Università degli Studi di Enna Kore); Marta Cenini (Università degli Studi dell'Insubria); Omar Chessa (Università degli Studi di Sassari); Alberto Clini (Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"); Juan Carlos Covilla Martínez (Universidad Externado de Colombia); Gianni Cortigiani (Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze); Simona D'Antonio (Università degli Studi di Teramo); Gabriella De Giorgi (Università degli studi del Salento); Sandro De Gotzen (Università degli Studi di Trieste); Lorenzo De Gregoriis (Università degli Studi di Teramo); Maria Rosaria Di Mattia (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli); Ruggero Dipace (Università degli Studi del Molise); Enzo Di Salvatore (Università degli Studi di Teramo); Caterina Drigo (Università di Bologna); Pietro Faraguna (Università degli Studi di Trieste); Daniela Ferrara (Università degli studi di Palermo); Giancarlo Antonio Ferro (Università degli Studi di Catania); Gianpaolo Fontana (Università degli Studi "Roma Tre"); Biagio Giliberti (Universitas Mercatorum); Francesca Guerriero (Avv. penalista del Foro di Roma); Anna Rita Iacopino (Università degli Studi dell'Aquila); Armando Lamberti (Università degli Studi di Salerno); Vito Sandro Lecce (Università degli Studi di Bari); Anna Lorenzetti (Università degli Studi di Bergamo); Marco Mancini (Università Ca' Foscari di Venezia); Donatantonio Mastrangelo (Università degli Studi di Bari); Roberto Miccù (Università degli Studi La Sapienza); Giulia Milo (Università degli Studi di Trieste); Viviana Molaschi (Università degli Studi di Bergamo); Alberto Oddenino (Università degli Studi di Torino); Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro (Centro Universitario Estácio da Amazônia); Vittorio Pampanin (Università degli Studi di Pavia); Paolo Patrito (Università degli Studi di Torino); Vincenzo Pepe (Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli); Carmine Petteruti (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli); Patrizia Pinna (Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze); Mauro Pennasilico (Università degli Studi di Bari); Oreste Pollicino (Università Bocconi); Daniele Porena (Università degli Studi di Perugia); Edoardo Carlo Raffiotta (Università degli Studi di Bologna); Carlo Rapicavoli (Direttore Generale presso Provincia di Treviso - Direttore ANCI Veneto e UPI Veneto); Saverio Regasto (Università degli studi di Brescia); Nino Olivetti Rason (Università degli studi di Padova); Pierpaolo Rivello (Università degli Studi di Torino); Mariano Robles (Università degli Studi degli Studi di Bari); Paolo Rossi (Università degli Studi di Perugia); Gianluca Ruggiero (Università del Piemonte Orientale); Francesco Emanuele Salamone (Università degli Studi della Tuscia);* **Ciro Sbailò** *(Università degli Studi internazionali di Roma); Maria Stefania Scardigno*

(Università degli Studi di Bari); **Anna Tacente** (Università degli Studi di Bari); **Alma Lucia Tarantino** (Università degli Studi di Bari); **Marco Terrei** (Centrale di committenza del Comune di Lanciano); **Tommaso Ventre** (LUISS Guido Carli).



AmbienteDiritto.it

MISSION:

Lo scopo principale della Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it (RGA) è quello di favorire il più ampio confronto interdisciplinare - a livello internazionale - nonché lo sviluppo della ricerca scientifica sulle complesse tematiche del Diritto pubblico, in senso esteso ed evoluto, con una particolare, e naturale, predilezione per l'approfondimento della materia 'interdisciplinare' del Diritto ambientale, con i suoi peculiari - e 'naturali' - risvolti costituzionali ed amministrativi (oltre che i 'connaturali' e, alle volte, inscindibili aspetti penalistici e civilistici).

La Rivista, per queste ragioni, accetta sia contributi in italiano che in qualsiasi altra lingua che, ovviamente, sia conosciuta dai *referees*. I componenti della Rivista, i suoi collaboratori, nonché gli autori - che, secondo le linee ANVUR sono in larghissima parte strutturati presso Università italiane e straniere - fanno parte ed aderiscono alla *mission* a titolo squisitamente gratuito.

*Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a referaggio doppio cieco conformemente alla **Classe A – ANVUR**.*

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Review Law Public - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941 327734 - Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info (at) ambientediritto.it - (C.C. REA): 182841 - Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore: Fulvio Conti Guglia - C.F.: CNTFLV64H26L308W - P.IVA 02601280833 - Pubblicata in Tortorici dal 2000 Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562 - (BarCode 9 771974 956204) - Pubblicazione quotidiana in formato elettronico - Copyright AD - AmbienteDiritto - Editore©®

Indice generale:

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.....	2
L'ART. 116 COST. E LA PREOCCUPAZIONE (STRUMENTALE?) DELLA MARGINALIZZAZIONE DEL PARLAMENTO.....	7
Enrico Minnei*	7
ENFORCING A RIGHT TO HEALTHY ENVIRONMENT IN THE ECHR SYSTEM: THE "CORDELLA V. ITALY" CASE.....	30
Francesco Carelli.....	30
FROM "CORPORATE DISLOYALTY" TO "UNFAIR COMPETITION"	42
Manlio d'Agostino Panebianco.....	42
1. Introduction.....	42
2. Legal Framework.....	43
3. Some Risk Indexes.....	48
4. Accountability, <i>culpa in eligendo</i> and <i>in vigilando</i>	49
5. An integrated mitigation strategy.....	50
References.....	51
<i>I PRINCIPI «COSTITUZIONALMENTE» TUTELATI E LA LORO CONTRAPPOSIZIONE.....</i>	<i>54</i>
<i>Nota dalla sentenza n. 85/2013 Corte Cost. alla sentenza n. 58/2018.....</i>	<i>54</i>
Vincenza Immacolata Gigante.....	54
ATTIVITÀ ISTITUZIONALE DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE E ATTI DI PIANIFICAZIONE URBANISTICA.....	64
Giulia Milo.....	64
CLIMATE CHANGE AND THE NEW GREEN DEAL.....	75
Tulio Rosembuj.....	75
DOPO LA CORTE EUROPEA ANCHE LA CASSAZIONE "APRE" ALL'"ABUSO DI NECESSITÀ".....	86
Lorenzo Bruno Molinaro.....	86
L'ANNULLAMENTO D'UFFICIO E L'ORDINE DI DEMOLIZIONE.....	100
Stefano De Rosa.....	100
SOSTENIBILITÀ AMBIENTALE, ENERGIE RINNOVABILI ED EFFICIENTAMENTO.....	113
Roberto Miccù.....	113
Michela Bernardi.....	113
EMERGENZA E TUTELA AMBIENTALE NEL SISTEMA DELLE FONTI TRA PROBLEMI DEFINITORI E RAPPORTO TRA ORDINAMENTI*	124
Dario Elia Tosi.....	124
L'EMERGENZA ABITATIVA DOPO IL SISMA DEL 2016.....	143
Fulvia Passananti **	143
LA LOGICA DELLA PREVENZIONE NELLA DISCIPLINA DELLA PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE DI LAVORI PUBBLICI*	156
Ruggiero Dipace.....	156
AGGREGAZIONE E CENTRALIZZAZIONE DEGLI ACQUISTI PUBBLICI IN ITALIA.....	182
Erica Bassano*	182
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT – Rivista Giuridica.....	197

L'ART. 116 COST. E LA PREOCCUPAZIONE (STRUMENTALE?) DELLA MARGINALIZZAZIONE DEL PARLAMENTO

Enrico Minnei*

Sommario: **1.** Premessa; **2.** "Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese"; **3.** Parlamento e decreto legislativo; **4.** Parlamento e decreto-legge; **5.** Parlamento e regolamenti di de-legificazione; **6.** I decreti ministeriali di natura non regolamentare; **7.** Parlamento e fonti secondarie atipiche; **8.** La crisi della legge, la flessibilità della Costituzione rigida, la debolezza del Parlamento, le prassi applicative *contra legem*; **9.** Il paradosso del regionalismo dell'uniformità; **10.** L'art. 116 Cost.; **11.** Conclusioni.

* Associato di Diritto costituzionale dell'Università di Padova, Scuola di Giurisprudenza.

1. Premessa.

Il dibattito sulle modalità di attuazione del regionalismo differenziato occupa la cronaca costituzionale e giornalistica, investe la politica, i tecnici, l'uomo della strada¹.

¹ Va brevemente ricordato che la parte conclusiva della XVII legislatura ha registrato le iniziative ex art. 116, terzo comma, Cost. di tre regioni (Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna); il 28 febbraio 2018, fra il Governo e le stesse sono stati sottoscritti tre distinti accordi preliminari (c.d. pre-intese) che hanno individuato i principi generali, la metodologia e un (primo) elenco di materie in vista della definizione dell'intesa. Con l'inizio della XVIII legislatura, altre regioni (Piemonte, Liguria, Toscana, Umbria, Marche e Campania), pur non avendo firmato alcuna pre-intesa con il Governo, hanno espresso la volontà di intraprendere un percorso analogo. Come si legge nel documento "L'autonomia differenziata delle regioni a statuto

Divide e associa. Trasversalmente.

Certo, la poliedricità dell'art. 5 Cost. e la novità dell'art. 116, terzo comma, contribuiscono di loro ad incrementare il tasso di pre-comprensione dell'operazione ermeneutica ed il grado di soggettività dei suoi esiti.

La complessità del tema non può essere banalizzata. Mette in gioco i valori

ordinario" elaborato dagli Studi della Camera (rinvenibile nel sito web istituzionale), "nella seduta del Consiglio dei ministri n. 33 del 21 dicembre 2018 è stata condivisa l'informativa svolta dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie in merito al percorso di attuazione dell'autonomia differenziata richiesta dalle Regioni Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna. Nella successiva seduta del Consiglio dei ministri n. 44 del 14 febbraio 2019, il Ministro per gli Affari regionali 'ha illustrato i contenuti delle intese. Il Consiglio dei ministri ne ha preso atto e condiviso lo spirito'. I testi delle bozze di intese sono stati pubblicati sul sito del Dipartimento Affari regionali della Presidenza del Consiglio, in un testo concordato tra Governo e ciascuna delle tre regioni, limitatamente alla 'parte generale' ... Nel corso dell'audizione sulle linee programmatiche del 17 ottobre 2019 presso le Commissioni I e V della Camera, il Ministro per gli affari regionali ha evidenziato l'intenzione del Governo di ripartire dal lavoro svolto sinora. Ha al contempo preannunciato la presentazione in Parlamento di un'iniziativa legislativa volta a definire una cornice normativa unitaria in cui potranno definirsi gli interventi di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., tenendo conto delle previsioni costituzionali e del modello di perequazione delle regioni a statuto ordinario definito dalla Legge 42/2009 e dal d.lgs. 68/2011. Il disegno di legge che il Governo si appresta a presentare alle Camere è stato inserito, nella Nota di aggiornamento al DEF 2019, fra i provvedimenti collegati alla decisione di bilancio".

portanti della Repubblica e gli interessi di tutti.

E' il principio stesso di non contraddizione (logica e giuridica) che, salvaguardato, deve trovare un suo baricentro (nuovo), trattandosi di conciliare la Repubblica una-indivisibile con la dimensione plurale e *naturalmente* eccentrica delle Regioni, di armonizzare lo statuto ordinario delle stesse, già diversificato rispetto a quelli delle Regioni speciali (a loro volta fra loro non omogenei), con uno *status* nuovo, ancora tutto da configurare, sempre ordinario ma arricchito di forme e condizioni particolari di autonomia.

E' non meno vero, tuttavia, che anche laddove l'interpretazione avrebbe potuto ritenersi alleggerita da un testo, per quanto "aperto", comunque sufficientemente chiaro, non solo nella sintassi, ma anche nella *ratio*, si assiste ugualmente ad una sorta di accanimento nella ricerca della soluzione originale o meno vicina ad approdi già raggiunti in casi analoghi o assimilabili (*i.e.* quelli delle intese ex art. 8 Cost.).

Ricorrendo, soprattutto, all'uso retorico di argomenti di indiscutibile valore, ma dei quali nessuno pare curarsi direttamente, ma solo per contraddire.

Uno di questi è la centralità del Parlamento, nelle varie declinazioni facenti leva vuoi sulla natura parlamentare della forma di governo, vuoi sull'imprescindibilità della decisione politica dell'organo rappresentativo, vuoi sull'essenzialità della legge parlamentare.

2. "Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese".

"*Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese*" è il titolo di un appello al Presidente della Repubblica, ai Presidenti delle Camere e ai singoli parlamentari di trenta autorevoli

costituzionalisti "*affinché garantiscano il ruolo del Parlamento anche rispetto alle esigenze sottese a uno sviluppo equilibrato e solidale del regionalismo italiano, a garanzia dell'unità del Paese*".

La tesi è che "*le ulteriori forme di autonomia non possono riguardare la mera volontà espressa in un accordo tra Governo e Regione interessata, avendo conseguenze sul piano della forma di Stato e dell'assetto complessivo del regionalismo italiano*"; dunque, "*l'approvazione parlamentare non può essere meramente formale; la previsione della legge nell'articolo 116, comma 3 della Costituzione è posta a garanzia che l'autonomia negoziata dalle regioni richiedenti si inserisca armonicamente nell'ordinamento complessivo della Repubblica. Il ruolo del Parlamento, nell'articolo 116, è finalizzato a tutelare le istanze unitarie a fronte di richieste autonomistiche avanzate dalle Regioni che possono andare proprio in danno a tali istanze unitarie*".

La preoccupazione "*fortemente*" avvertita è "*per le modalità di attuazione finora seguite nelle intese sul regionalismo differenziato e per il rischio di marginalizzazione del ruolo del Parlamento, luogo di tutela degli interessi nazionali*"².

² In risposta all'appello dei costituzionalisti, l'Ufficio stampa della Giunta regionale del Veneto ha trasmesso una nota di replica del prof. Mario Bertolissi, membro della delegazione trattante per la Regione del Veneto, che, per completezza e *par condicio* fra gli opposti orientamenti interpretativi, riporto *pari passu*: "*Alcuni autorevoli giuristi hanno sottoscritto un appello al Presidente della Repubblica, affinché venga salvaguardato il ruolo del Parlamento, garante di 'uno sviluppo equilibrato e solidale del regionalismo italiano'. La premessa sottostante - par di capire - è che il procedimento in atto - riguardante le Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto - stia disarticolando il Paese. Ma così non è.*

In primo luogo, i testi elaborati in bozza richiamano costantemente i principi fondamentali della Costituzione, di cui è garante il Giudice delle leggi. In secondo luogo, le differenze-discriminazioni tra Regioni esistono da sempre e ad esse lo Stato non ha saputo, finora, porre rimedio. In terzo luogo, le procedure istituzionali in atto si stanno svolgendo nel rispetto puntuale dell'art. 116, 3° comma, della Costituzione. In quarto luogo, i timori, che hanno ad oggetto la centralità del Parlamento, sono smentiti dalle disamine dei costituzionalisti, i

Ecco il punto: preoccupa “la marginalizzazione del ruolo del Parlamento”.

E' ovvio che in una democrazia parlamentare tutti dovremmo consapevolmente preoccuparci della “marginalizzazione del ruolo del Parlamento”. Meno scontato è il motivo per il quale la medesima preoccupazione o analoghi appelli non interessino, con la stessa forza, sistematiche “prassi”, tanto gravi quanto diffuse, conosciute e conclamate, attraverso le quali il Parlamento viene quotidianamente e “scientificamente” svilito nel suo ruolo e nella sua centralità. Nel silenzio o nell'indifferenza che, poco a poco, l'abitudine crea.

“Prassi” è, per l'appunto, il modo in cui Livio Paladin, nell'ormai classico testo

quali, da lungo tempo, vanno dicendo di una centralità del Governo, come è nei fatti. In quinto luogo, questo rilievo è confermato dalla recentissima vicenda, definita dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 17/2019. In sesto luogo, non è possibile, in base al principio di non contraddizione, parificare il procedimento legislativo ex art. 116, 3° co., Cost., al procedimento ex art. 72, Cost. In settimo luogo, nel resoconto stenografico dell'indagine conoscitiva, svolta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali nel corso della passata legislatura, si legge che, quella di competenza parlamentare, è “una legge in senso formale, vincolata all'intesa precedentemente raggiunta tra Governo e Regione” (Atti Parlamentari, seduta del 6 febbraio 2018, 41). In ottavo luogo, mina l'unità e indivisibilità della Repubblica il criterio della spesa storica, fonte di inefficienze, sperpero di pubblico denaro e di irresponsabilità, cui non si è mai voluto derogare. In nono luogo, è bene che il Parlamento discuta: di numeri, di cose fatte e non fatte, di risultati, di tutele realizzate e no, dopo aver riscontrato se è ancora vero che esistono - come scriveva Livio Paladin nel 1976 - “Regioni di avanguardia... Regioni collocate nel mezzo” e Regioni di “retroguardia”, alla luce del principio di responsabilità. C'è da chiedersi: perché mai non se ne è parlato in passato e si è atteso l'impulso del Veneto? In decimo luogo - ed infine - l'interesse nazionale è messo in pericolo da chi non è stato in grado di svolgere una attività di buon governo e di buona amministrazione: pure in questo caso, alla luce di una disposizione costituzionale chiarissima, quale è l'art. 97. Infine, mi pare che la volontà di forzare e far leva sul Presidente della Repubblica, che è autorevolissimo custode della Costituzione e che mai si è espresso sulla materia, appaia come un maldestro e miserevole tentativo. E' un po' come pensare di avere l'arbitro che gioca con la tua squadra. Speculare sulla correttezza del Capo dello Stato appare irrituale, soprattutto se a esprimersi sono autorevoli costituzionalisti. Forse pensano che al Quirinale abbiano momenti di distrazione...”

sulle fonti del diritto italiano del 1996³, ha fotografato una pluralità di situazioni, oggi niente affatto mutate, se non in modo peggiore, nelle quali si è inverteva una scissione fra la carta costituzionale ed il suo concreto vivere. In tutte l'organo rappresentativo diviene ancillare e il comune denominatore è che si tratta di pratiche applicative patologiche e, ciò nonostante, diffuse, radicate, raramente sanzionate.

Di tali “prassi” degenerative (secondo la qualificazione ormai invalsa nell'uso) basterà una rassegna simbolica, per cenni necessariamente sommari, ma significativi. Per non perdere lo sguardo di insieme sul grado di malessere che affligge il sistema delle fonti del diritto.

3. Parlamento e decreto legislativo.

Leggendo l'art. 76 Cost. e comparandolo con l'art. 70 (e con il primo comma dell'art. 77) viene naturale concludere (sulla carta) che il Parlamento “non si [priva] della minima parte del suo potere legislativo, sia quanto alla titolarità sia quanto all'esercizio, pur quando disponga una delega a favore del Governo” e che “l'attuale disciplina della delega legislativa rende palese ... che le leggi delegate sono il frutto di un potere che non corrisponde a quello esercitabile dalle Camere in base all'art. 70 Cost. visto che l'art. 76 esige che esso venga assai più gravemente condizionato da parte delle Camere stesse”⁴: “sicuramente la Costituzione ha voluto vietare non solo il conferimento al Governo dei ‘pieni poteri’, ma qualunque legge delegante che non determini con la necessaria precisione i

³ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, passim.

⁴ L. PALADIN, *Le fonti*, cit., 205 e 206, ove si precisa che “non a caso, è stato autorevolmente sostenuto che i decreti legislativi, sebbene inquadrati dalla Costituzione fra gli atti aventi ‘valore e forza di legge ordinaria’, dovrebbero in realtà qualificarsi come ‘fonti subprimarie’ o come ‘subfonti legislative’, appunto perché istituite e dipendenti dalle rispettive leggi ordinarie di delegazione”.

settore disciplinabili dai conseguenti decreti”⁵.

Senonché, non si può fare a meno di constatare subito dopo che *“la divisione dei compiti adombrata dalla Costituzione, per cui spetterebbero alle Camere le regole di base, al Governo le norme di attuazione, è stata spesso alterata con esiti radicalmente opposti. Da un lato, cioè, abbondano i casi in cui le direttive parlamentari si dimostrano estremamente vaghe o lacunose, o sono difficili da interpretare, oppure risultano lapalissiane e per ciò stesso inutili. Dall’altro lato, alle deleghe legislative censurabili per difetto hanno puntualmente corrisposto leggi deleganti discutibili per un eccesso di regolamentazione”*⁶.

La Corte costituzionale, anziché censurare le leggi di delega sostanzialmente prive dell’indicazioni dei principi e dei criteri direttivi ha, tuttavia, *“più volte affermato che, ‘in mancanza di principi e criteri direttivi che giustifichino la ‘riforma’ della normativa preesistente, la delega ‘deve essere intesa in un senso minimale, tale da non consentire, di per sé, l’adozione di norme delegate sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo’ (v. la sentenza n. 354 del 1998, richiamata dalle sentenze n. 66 del 2005 e n. 239 del 2003)”*⁷; ha concluso che i principi e i criteri direttivi *“possono essere stabiliti anche per relationem e che gli stessi sono individuabili, comunque, attraverso il richiamo ai principi generali eventualmente stabiliti dalla medesima legge”*⁸; ha ammesso che possano essere ricavati implicitamente dalla legge di delega⁹ *“verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal legislatore*

*delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge-delega”*¹⁰.

L’indulgenza della Corte ha così fatto via via affiorare deleghe *“ampie”* o *“vaste”* o *“plurime”* (cioè con oggetti individuati in termini generici o molto ampi e complessi o a carattere multiplo), *“deleghe correttive ed integrative”* rispetto ai decreti legislativi originari o principali con la concessione di un termine ulteriore per intervenire, di *“leggi di delega il cui iter parlamentare è stato artificiosamente accelerato dal governo mediante il loro inserimento nella sessione di bilancio e mediante la posizione della questione di fiducia su maxi emendamenti”*¹¹, deleghe prorogate per decreto legge¹², decreti legislativi privi di correlazione rispetto ai principi e criteri direttivi.

Tutto ciò, da una parte, ha messo in luce *“il loro carattere ‘deviante rispetto alla fisiologia costituzionale”*¹³, dall’altra, ha indubbiamente determinato una sensibile espansione della potestà legislativa del Governo ed un progressivo rafforzamento dell’esecutivo rispetto alle Camere, soprattutto nella determinazione dell’indirizzo politico e nella responsabilità dell’adozione di grandi riforme.

4. Parlamento e decreto-legge.

La semplice lettura dell’art. 77 della Costituzione evidenzia come, nelle

¹⁰ Corte cost. sent. n. 341/2007.

¹¹ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 343.

¹² Cfr. M. MALO, *Art. 76*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, II ed., 2008, 700.

¹³ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 346. C. DE FLORES, *Le trasformazioni della delega legislativa nell’epoca della globalizzazione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 177, nel considerare le trasformazioni che hanno investito le deleghe legislative, rileva che si tratta di *“trasformazioni lente, ma tuttavia pervasive che hanno, di fatto, contribuito a ridefinire le dinamiche tra i poteri e in particolar modo le funzioni del Governo divenuto, contra constitutionem, il titolare di un potere legislativo autonomo”*.

⁵ *Ibidem*, 208.

⁶ *Ibidem*, 213.

⁷ Corte cost. sent. n. 303/2005.

⁸ R- BIN – G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II ed., Torino, 2012, 129.

⁹ G. D’ELIA, *Sulla determinazione ratione delegationis dei principi e dei criteri direttivi secondo la giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2000, 1461.

intenzioni dei costituenti, il ricorso allo strumento del decreto legge dovesse operare in termini del tutto eccezionali, in quanto derogatorio rispetto alla regola generale sulla produzione legislativa assegnata al Parlamento.

Ciò è chiaro fin dalla *sedes materiae* (il primo comma precisa che “il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria”), dai presupposti giustificativi ai quali la decretazione d’urgenza è subordinata (“in casi straordinari di necessità e d’urgenza”), dalla natura (provvisoria) dell’atto, dal necessario controllo parlamentare, dalla sanzione (della perdita retroattiva di efficacia) nell’ipotesi di mancata conversione.

Senonché, nella sintesi di Paladin, “quello che risulta quanto mai aperto e delicato è ... il discorso concernente i presupposti giustificativi, indicati dal secondo comma dell’art. 77. Sotto questo aspetto, la prassi dell’ultimo venticinquennio ha progressivamente complicato i termini di una problematica che nei primi lustri del periodo repubblicano sembra relativamente semplice. Di più: sia nel senso quantitativo che nel senso qualitativo, la decretazione legislativa d’urgenza rappresenta ormai - per eccellenza - il punto saliente del distacco riscontrabile fra la fedeltà delle fonti normative e il modello immaginato o presupposto dai costituenti”¹⁴.

Analogamente, secondo altri, “la vicenda relativa all’uso del decreto-legge sembra mostrare che l’esperienza costituzionale si è caratterizzata, in proposito, per una sensibile contraddizione tra il piano delle affermazioni teoriche, sul quale hanno a lungo dominato la centralità del Parlamento legislatore ed il principio della separazione dei poteri, da un lato, e, dall’altro, il piano della prassi

costituzionale sul quale invece il ruolo del governo come organo (co-)protagonista dell’attività normativa è apparso sin da subito essenziale agli equilibri della forma di governo parlamentare”¹⁵.

In definitiva, si è concluso che “la prassi si è sensibilmente discostata dai principi costituzionali dei commi secondo e terzo dell’art. 77 Cost.”¹⁶; che “il Governo non si limita ad anticipar l’esercizio della funzione legislativa del Parlamento mediante atti provvisori, come era nella logica del Costituente, ma può talora determinare effetti irreversibili, anche in caso di mancata conversione e di conseguente perdita di efficacia ex tunc del decreto emanato” e che “la prassi si è praticamente sbarazzata del limite dei casi straordinari di necessità ed urgenza” venendo il decreto legge impiegato “per qualunque genere di intervento normativo”¹⁷; che il decreto legge è diventato “strumento di co-legislazione, di codeterminazione politica, di negoziato fra governo, maggioranza ed opposizione” ... fonte tipica o preferenziale utilizzata a causa di una sua caratteristica propria che consiste nell’aver la forza della legge ma non il suo procedimento”¹⁸.

Due, in particolare, sono le situazioni nelle quali la distonia rispetto al modello costituzionale si è fatta palese, dovendosi distinguere il caso il cui il decreto legge carente dei presupposti di cui all’art. 77 Cost. venga convertito in legge, da quello in cui il decreto legge non convertito in legge venga iterato e reiterato dal Governo.

Con riguardo alla prima situazione, si è affermata, dapprima, l’efficacia sanante della legge di conversione rispetto al decreto legge nato in difetto dei requisiti

¹⁵ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 69.

¹⁶ M. MALO, *Art. 77*, in S. BARTOLE - R. BIN (a cura di), in *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, II ed., 2008, 707.

¹⁷ A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999, 50.

¹⁸ A. CELOTTO - E. DI BENEDETTO, *Art. 77*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, 2006, 1511.

¹⁴ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 241.

della straordinaria necessità ed urgenza: *“nel corso degli anni ... si sono formate interpretazioni e applicazioni assai lassiste, sia da parte del Governo, del Parlamento e dello stesso Presidente della Repubblica, sia nella letteratura costituzionalistica: tanto da far pensare a una serie coerente di convenzioni costituzionali, che in ultima analisi riserverebbero all'esecutivo e al legislativo il compito di verificare la presenza dei requisiti richiesti dall'art. 77 secondo comma ... Così, è ormai dominante la tesi che la necessità non debba essere assoluta, né concernente in modo intrinseco le 'fattispecie regolate', ma sia valutabile in vista del contingente indirizzo governativo. Del pari, anche l'urgenza sarebbe meramente soggettiva e riguarderebbe comunque l'intero decreto considerato nella sua globalità, piuttosto che i suoi singoli disposti. ... I decreti-legge, nelle odierne visioni dottrinali, possono avere unicamente una 'funzione anticipatrice' delle relative leggi di conversione E di veramente straordinario - a questa stregua - non rimane null'altro che il procedimento seguito dal Governo, al di fuori delle vie normali della funzione legislativa”*¹⁹.

Solo con la sentenza n. 29/1995 (e poi, con le successive decisioni n. 171/2007 e 128/2008) la Corte ha ammesso la possibilità di dichiarare l'illegittimità costituzionale di un decreto legge adottato dal Governo in mancanza dei presupposti costituzionali, solo, tuttavia, quando tale vizio sia *“evidente”*.

In breve, secondo questa impostazione, la *“semplice mancanza”* dei requisiti costituzionali può essere fatta valere unicamente sul piano politico del rapporto Parlamento-Governo: se il Parlamento, potendo anche scegliere di non convertire, converte il decreto legge carente dei requisiti costituzionalmente richiesti, ma solo in maniera semplice, si ritiene che con ciò abbia compiuto una

valutazione politica il cui merito - si afferma - non può essere sindacato in sede giurisdizionale, neppure di legittimità costituzionale; l'*“evidente”* mancanza, invece, può essere sanzionata dal Giudice delle leggi e configura un vizio di legittimità costituzionale, tanto del decreto legge quanto della legge di conversione che ha dato per esistenti presupposti in realtà insussistenti²⁰.

Ora, proprio avendo presente che il valore in gioco è l'equilibrio Parlamento - Governo nell'esercizio della funzione legislativa, tale distinzione fra mancanza *“semplice”* e mancanza *“evidente”* non convince affatto²¹, per la semplice ragione che, introducendo un ulteriore elemento di giudizio (l'*“evidenza”* della carenza dei presupposti) non presente nel testo dell'art. 77, finisce col degradare la necessità e l'urgenza ad una qualità (non oggettiva, ma) soggettiva e del tutto relativa, connotata - mutuando le parole

²⁰ Secondo la Corte la verifica circa la sussistenza dei requisiti prescritti dall'art. 77 Cost. non è riservata alla valutazione politica del Parlamento: *“questa posizione, condivisa in passato, ignora che, a norma dell'appena citato art. 77, la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Pertanto, non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa”* (sent. n. 29/1995).

²¹ Tanto, nonostante l'enfasi di qualche commentatore: cfr. A. GUAZZAROTTI, *Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?*, in www.forumcostituzionale.it.

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 66.

¹⁹ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 242-243.

della Corte - da un ampio margine di elasticità²². Anziché insistere sugli indici obiettivi attraverso cui scrutinare la carenza ovvero la presenza dei presupposti costituzionali, in primo luogo soffermandosi, ad esempio, sulla omogeneità o sulla disomogeneità delle disposizioni contenute nel decreto²³, si è avallata la prassi secondo cui, in definitiva, “è urgente e necessario ciò che così appare al Governo”²⁴.

In questo modo, ci si è dimostrati disponibili a rinunciare a far valere i limiti posti dalla Costituzione a salvaguardia della centralità della legge parlamentare: incredibilmente, il criterio introdotto in via pretoria dalla Corte e non previsto in Costituzione (sulla dimensione “evidente” della carenza dei presupposti giustificativi al fine di poter affermare l’illegittimità sul piano costituzionale) ha consentito ad uno strumento, pensato come eccezionale e residuale, di operare in via ordinaria e addirittura prevalente.

Eppure la Corte, in premessa, aveva chiaro che *“è opinione largamente condivisa che l’assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di governo nel sistema costituzionale. Esso è correlato alla tutela dei valori e diritti fondamentali. Negli Stati che s’ispirano al principio della separazione dei poteri e della soggezione della giurisdizione e dell’amministrazione alla legge, l’adozione delle norme primarie spetta agli organi o all’organo il cui potere deriva direttamente dal popolo. A questi principi*

²² Pare, invero, una sorta di *excusatio non petita* la constatazione che *“la Corte tuttavia, nell’affermare l’esistenza del suindicato proprio compito, è stata ed è consapevole che il suo esercizio non sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione – in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti – ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l’assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto”* (cfr. sent. n. 29/1995).

²³ A. RUGGERI, *“Evidente mancanza” dei presupposti fattuali e disomogeneità dei decreti legge (a margine di Corte cost. n. 128 del 2008, in www.giurcost.org*.

²⁴ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti*, cit., 149.

si conforma la nostra Costituzione laddove stabilisce che ‘la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere’ (art. 70). ... è significativo che l’art. 77 Cost., al primo comma, stabilisca che ‘il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria’. Tenuto conto del tenore dell’art. 70 Cost., la norma suddetta potrebbe apparire superflua se non le si attribuisse il fine di sottolineare che le disposizioni dei commi successivi ... hanno carattere derogatorio rispetto all’essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell’ambito delle competenze dello Stato centrale”²⁵.

A fronte dell’“essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell’ambito delle

²⁵ E ancora: *“se, anzitutto, nella disciplina costituzionale che regola l’emanazione di norme primarie (leggi e atti aventi efficacia di legge) viene in primo piano il rapporto tra gli organi – sicché potrebbe ritenersi che, una volta intervenuto l’avallo del Parlamento con la conversione del decreto, non restino margini per ulteriori controlli – non si può trascurare di rilevare che la suddetta disciplina è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie.*

Inoltre, se si ha riguardo al fatto che in una Repubblica parlamentare, quale quella italiana, il Governo deve godere della fiducia delle Camere e si considera che il decreto-legge comporta una sua particolare assunzione di responsabilità, si deve concludere che le disposizioni della legge di conversione in quanto tali – nei limiti, cioè, in cui non incidano in modo sostanziale sul contenuto normativo delle disposizioni del decreto, come nel caso in esame – non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso. Infatti, l’immediata efficacia di questo, che lo rende idoneo a produrre modificazioni anche irreversibili sia della realtà materiale, sia dell’ordinamento, mentre rende evidente la ragione dell’inciso della norma costituzionale che attribuisce al Governo la responsabilità dell’emanazione del decreto, condiziona nel contempo l’attività del Parlamento in sede di conversione in modo particolare rispetto alla ordinaria attività legislativa. Il Parlamento si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge” (sent. n. 171/2007).

competenze dello Stato centrale” sembra, dunque, alquanto contraddittorio concludere che “l’espressione usata dalla Costituzione per indicare i presupposti alla cui ricorrenza è subordinato il potere del Governo di emanare norme primarie ancorché provvisorie – ossia i casi straordinari di necessità ed urgenza – se da un lato, come si è detto, evidenzia il carattere singolare di detto potere rispetto alla disciplina delle fonti di una Repubblica parlamentare, dall’altro, però, comporta l’inevitabile conseguenza di dare alla disposizione un largo margine di elasticità”²⁶.

Il Governo ha, infatti, approfittato della riconosciuta “elasticità” dei presupposti per, sostanzialmente, prescindere; e l’effluvio dei decreti legge sottoposti alla conversione del Parlamento ha, in aggiunta, da un lato, creato in favore del Governo una sorta di iniziativa legislativa a corsia preferenziale, considerati i brevi tempi imposti per la conversione al fine di evitare la decadenza; dall’altro, ulteriormente ritardato il calendario ordinario dei lavori parlamentari.

Con grave ritardo è intervenuta la Corte costituzionale anche relativamente ad una diversa forma di abuso della decretazione d’urgenza: il riferimento è alla reiterazione del decreto legge non convertito.

Non serviva particolare lume per accorgersi che “l’art. 77, commi 2 e 3, della Costituzione prevede la possibilità per il Governo di adottare, sotto la propria

²⁶ “Infatti, la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi. Ciò spiega perché questa Corte abbia ritenuto che il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d’urgenza, in sede di scrutinio di costituzionalità, debba risultare evidente e perché sia intervenuta positivamente soltanto una volta in presenza dello specifico fenomeno, divenuto cronico, della reiterazione dei decreti-legge non convertiti (sentenza n. 360 del 1996)” (cfr. sent. n. 171/2007).

responsabilità, atti con forza di legge (nella forma del decreto-legge) come ipotesi eccezionale, subordinata al rispetto di condizioni precise. ...

Ora, il decreto-legge iterato o reiterato - per il fatto di riprodurre (nel suo complesso o in singole disposizioni) il contenuto di un decreto-legge non convertito, senza introdurre variazioni sostanziali - lede la previsione costituzionale sotto più profili: perché altera la natura provvisoria della decretazione d’urgenza procrastinando, di fatto, il termine invalicabile previsto dalla Costituzione per la conversione in legge; perché toglie valore al carattere ‘straordinario’ dei requisiti della necessità e dell’urgenza, dal momento che la reiterazione viene a stabilizzare e a prolungare nel tempo il richiamo ai motivi già posti a fondamento del primo decreto; perché attenua la sanzione della perdita retroattiva di efficacia del decreto non convertito, venendo il ricorso ripetuto alla reiterazione a suscitare nell’ordinamento un’aspettativa circa la possibilità di consolidare gli effetti determinati dalla decretazione d’urgenza mediante la sanatoria finale della disciplina reiterata.

Su di un piano più generale, la prassi della reiterazione, tanto più se diffusa e prolungata nel tempo - come è accaduto nella esperienza più recente - viene, di conseguenza, a incidere negli equilibri istituzionali (v. sentenza n. 302 del 1988), alterando i caratteri della stessa forma di governo e l’attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento (art. 70 della Costituzione).

Non solo. Questa prassi, se diffusa e prolungata, finisce per intaccare anche la certezza del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti, per l’impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l’esito finale del processo di conversione: con conseguenze ancora più gravi quando il decreto reiterato venga a incidere o - come nella specie - nella materia penale o sia, comunque, tale da produrre effetti non

più reversibili nel caso di una mancata conversione finale (v. sentenza n. 161 del 1995; ordinanza n. 197 del 1996)” (sent. n. 360/1996)²⁷.

Altro non serve aggiungere.

Repetita juvant per ponderare adeguatamente il peso preoccupato delle parole usate: la Corte ha inteso sanzionare una “prassi diffusa e prolungata”, capace di “incidere negli equilibri istituzionali”, di alterare “i caratteri della stessa forma di governo e l’attribuzione della funzione legislativa ordinaria al Parlamento”, di “intaccare ... la certezza del diritto”, di influire negativamente “nella sfera dei diritti fondamentali”.

5. Parlamento e regolamenti di delegificazione.

In termini piuttosto curiosi si giustifica la de-legificazione quale soluzione all’ipertrofia legislativa²⁸, per “contrastare la tendenza del Parlamento a disciplinare con leggi molte materie, ponendo anche regole di dettaglio che finiscono per irrigidire la disciplina, visto che possono essere modificate soltanto da una fonte

²⁷ Conclusione: “i principi richiamati conducono, dunque, ad affermare l’illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione”.

²⁸ N. LUPO, *Dalla legge ...*, cit., 35, il quale ragiona in termini di “esigenza di contrastare il fenomeno della cosiddetta ‘inflazione legislativa’”, rammentando, tuttavia (p. 36), che la dottrina più attenta “ha avvertito, a questo proposito, che la delegificazione ... non comporta necessariamente una riduzione dello stock della normativa vigente, finendo anzi per provocare, il più delle volte, una moltiplicazione delle fonti normative ed un incremento del complesso della normazione”; analogamente, R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2012, 397, muovendo dalla premessa dell’“inarrestabile tendenza del legislatore ordinario ad occuparsi delle materie più disparate, irrigidendone la disciplina, che dovrà in seguito essere modificata sempre con legge ordinaria”, guardano alla delegificazione come “rimedio alla espansione ipertrofica della legislazione ordinaria, rimedio che opera declassando la disciplina della materia dalla legge al regolamento”.

primaria”²⁹: come se, per un verso, il rimedio naturale non fosse, invece, il ricorso ai classici regolamenti di esecuzione/attuazione o, per l’altro, non fosse agevole prevedere che all’eccesso legislativo si sarebbe sostituito, ma con minor grado di tutela, l’eccesso regolamentare.

Il punto che qui importa sottolineare, in ogni caso, è un altro.

L’art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988³⁰ è (quanto meno, diventato) lo strumento perfetto per dare per rispettata formalmente la gerarchia delle fonti, violandola nella sostanza. Si ammette l’abrogazione differita³¹ di leggi per incompatibilità non ancora inverte, contenute in una fonte sub-legislativa che verrà e che disciplinerà *pro futuro* la materia. Una volta delegificata la materia, il governo potrà disporre di una potestà regolamentare di tipo “indipendente”.

²⁹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 66.

³⁰ Sulla delegificazione la letteratura è copiosissima: in termini assolutamente essenziali (e *post legem* n. 400/1988) v. L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 47; N. LUPO, *Dalla legge ...*, cit., *passim*; G. RAZZANO, *La potestà regolamentare statale fra previsione costituzionale e prassi*, in F. MODUGNO – P. CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti tra Stato- Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Napoli, 2008, 203; V. COCOZZA, *Delegificazione. Riparto e forme della potestà regolamentare*, Napoli, 2010; Id., *Profili della delegificazione*, Napoli, 1992; U. DE SIERVO, *Il potere regolamentare alla luce dell’attuazione dell’art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Riv. dir. pubb.*, 1996, 79; E. MALFATTI, *Rapporti tra deleghe legislative e delegificazioni*, Torino, 1999; G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995; V. ITALIA, *La delegificazione*, Milano, 1992; A.A. CERVATI, *Delegificazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1997, X, 1 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delegificazione*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, Milano, 1999, III, 492 ss.; A. MORRONE, *Delegificazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 1771 ss.; F. BERTOLINI, *Profili interpretativi della costituzionalità del potere regolamentare in deroga alla legge*, in *Giur. cost.*, 1989, 82.

³¹ Si tratta di un’ipotesi assolutamente divergente (e patologica) rispetto a quella (fisiologica) pensata da chi ha introdotto la figura dell’abrogazione differita: CARLO ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964, 64, spiegava, in generale, l’abrogazione come una condizione risolutiva tacita sotto la quale ogni legge nasce, avverata dal sopravvenire di una legge posteriore incompatibile.

E' ben nota la spiegazione del fenomeno, riportata fin dalla manualistica istituzionale, secondo cui "formalmente" l'effetto abrogativo è da imputarsi alla legge³². Tuttavia, anche a voler credere alla tenuta di un siffatto ragionamento sul piano logico³³ e alla sua capacità di persuasione sul piano retorico, difficilmente si potrà negare che, nella sostanza l'abrogazione è da attribuirsi al regolamento, per lo meno tutte le volte in cui, in concreto, come spesso accade, la legge di delegificazione sia carente delle "norme generali regolatrici della materia"

³² Secondo A. MORRONE, *Delegificazione*, cit., 1775, "dal punto di vista formale, la necessità di rispettare i principi di gerarchia e di indisponibilità della forza di legge andrebbe valutata diversamente a seconda che l'atto legislativo abilitante disponga l'istituzione di una fonte nuova, 'concorrenziale' rispetto agli atti legislativi, oppure si limiti a fare uso della forza di legge riconosciutagli dalla Costituzione": la legge di delega, di per sé, farebbe uso della forza che possiede, appunto, per ricollegare all'entrata in vigore di una nuova disciplina regolamentare la perdita di efficacia della precedente disciplina legislativa. Altri hanno, invece, denunciato l'artificiosità dell'imputazione dell'effetto abrogativo alla legge di delegificazione: v. F. CERRONE, *La potestà regolamentare tra forma di governo e sistema delle fonti. La tipologia dei regolamenti governativi nella legge n. 400 del 1988*, Torino, 1991, 189 e 237; per A. A. CERVATI, *Osservazioni in tema di potestà regolamentare dell'esecutivo e di "delegificazione"*, in *L'educazione giuridica – V, Modelli di legislatore e scienza della legislazione, III: La discussione contemporanea*, Perugia, 1987, 229, il modello dell'abrogazione differita costituisce "un modo per travestire, al fine di renderlo meno traumatico, come cessazione di efficacia delle disposizioni di legge per opera della lex posterior, un fenomeno che nella sua obiettiva entità comporta innegabilmente la perdita di efficacia della legge per opera del regolamento".

³³ In presenza di una Costituzione rigida, la legge ordinaria non può disporre della forza che le è stata attribuita dalla fonte superiore, spettando questo compito solo al legislatore costituzionale: cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 133. Annotava L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 353 che "il quadro si è complicato" proprio per "la presenza di una Costituzione rigida": "da un lato, cioè, la legge ordinaria non dispone più della sua stessa forza; il che rende più arduo spiegare in qual modo un regolamento possa contraddire discipline legislative previgenti. Dall'altro lato, in vista di un sistema chiuso delle cosiddette fonti primarie, occorre non solo evitare che il regolamento delegificante acquisti a propria volta la forza ed il valore della legge, ma anche impedire che esso usurpi il posto della legge delegata, generando in forme diverse i medesimi effetti e determinando in tale modo l'elusione degli artt. 76 e 77 primo comma della Carta costituzionale".

e non dichiarati espressamente le disposizioni da abrogare³⁴, arrivando

³⁴ In linea di principio si è rammentata "l'unanime opinione dottrinale secondo cui (data anche l'evidente differenza semantica tra i termini 'norma' e 'principio') le 'norme generali regolatrici della materia' hanno, tendenzialmente, una funzione delimitativa più stringente rispetto ai 'principi e criteri direttivi'" (cfr. Corte cost., sent. n. 303/2005; v. già sent. n. 354/1998 richiamata anche dalla sent. n. 66/2005). Analogamente, sempre in linea di principio, anche il Consiglio di Stato (sez. IV, n. 1120/2012, riconosce che "il conferimento espresso di potestà regolamentare e la contestuale indicazione di criteri e principi per il suo esercizio devono essere ritenuti obbligatori e come tale fondanti un presupposto di legittimità della stessa adozione dell'atto, nel caso di regolamenti di delegificazione, adottati ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. n. 400/1988. In questo caso, laddove – come afferma la stessa Corte Costituzionale (sent. 22 luglio 2002 n. 376) – il regolamento attua 'la sostituzione di una disciplina di livello regolamentare ad una preesistente di livello legislativo'; una sottrazione di una materia alla preesistente disciplina della fonte primaria, con contestuale abrogazione delle norme di legge previgenti, non può essere priva di indicazioni (oggetto/materia, criteri e principi direttivi, limiti) volte a costituire un parametro, pur ampio e generico, per il successivo sindacato giurisdizionale di legittimità dell'atto da parte del giudice amministrativo, pena la violazione degli artt. 24 e 113 Cost.. D'altra parte, lo stesso art. 17, co. 2, prevede che il legislatore, nel conferire al Governo la potestà regolamentare di delegificazione, deve indicare 'le norme generali regolatrici della materia', con ciò escludendo, in via espressa, che la delegificazione comporti un affidamento "integrale" di una materia alla fonte secondaria, persistendo l'esigenza di sia pur minimi e generali riferimenti di rango primario; e con ciò affermando altresì, per implicito, che l'esercizio di detta potestà regolamentare debba essere limitato nella discrezionalità da criteri e principi dettati dal Legislativo all'Esecutivo".

Anche chi nulla obietta al meccanismo in sé della delegificazione, lo ancora, tuttavia, al rispetto delle condizioni entro cui dovrebbe operare: secondo E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, 62, ritiene salva la gerarchia delle fonti proprio grazie al limite della preventiva definizione legislativa delle norme generali regolatrici della materia: ma se queste sono del tutto indeterminate e nessuno in concreto sanziona la loro vaghezza? Si pensi, a tale riguardo, ad esempio, all'originaria formulazione degli artt. 19, 20 e 24 della l. n. 241/1990, all'art. 2, commi 7, 8 e 9, della l. n. 537/93, all'art. 17, comma 4 bis, della l. n. 400/1988; si veda, in termini ancora più macroscopici, lo stesso art. 20 della l. n. 59/97 che, nell'introdurre un meccanismo stabile di delegificazione da attuarsi annualmente attraverso una legge di semplificazione di iniziativa governativa, ha, tuttavia, indicato, più che "norme generali regolatrici della materia", meri obiettivi che il Governo è chiamato a raggiungere col risultato che l'auspicata semplificazione per costante delegificazione si è trasformata in un *monstrum* incontrollabile e pletorico di interventi, correzioni, abrogazioni, rinvii, ripensamenti scarsamente ricordati e sicuramente non ordinati. Cfr. Cfr. V. TONDI DELLA MURA, *All'origine di un ossimoro:*

finanche a rimettere espressamente al regolamento l'individuazione delle norme abrogate³⁵.

A tale riguardo si è constatato “il problema della ‘ingenuità’ del disposto di cui all’art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988, della ‘vaghezza’ delle formule in esso utilizzate. Non si capisce, infatti, cosa mai siano ‘le norme generali regolatrici della materia’ che la legge dovrebbe determinare nell’autorizzare l’esercizio della potestà regolamentare; appare difficile, se non illusorio, preconizzare che la singola disposizione legislativa di delegificazione sia sempre in grado di indicare puntualmente quali ‘norme vigenti’ siano abrogate ‘con effetto dall’entrata in vigore dei regolamenti governativi. ... Non è forse vero, almeno nella maggior parte dei casi, che è il regolamento stesso a individuare le norme di legge abrogande? Non è forse vero che le ‘norme generali regolatrici della materia, quando vi sono, assomigliano tanto ai ‘principi e criteri direttivi’ che, ai sensi dell’art. 76 Cost., la legge deve fissare affinché l’esercizio della funzione legislativa possa essere delegato al Governo? Non è forse vero che, sul piano dell’effettività, i regolamenti governativi in delegificazione si atteggiavano ad atti aventi forza di legge? Atti sostanzialmente dotati di forza di legge che, esclusivamente in ragione della forma, sono però sottratti al controllo della Corte costituzionale in sede di giudizio di legittimità costituzionale”³⁶.

il binomio delegificazione-semplificazione, in Riv. tel. giur. A.I.C., n. 1 del 2011, 4.

³⁵ Che è quanto richiesto da un certo orientamento assunto, in sede consultiva, dal Consiglio di Stato che, per l'appunto, trova naturale rimette al regolamento l'indicazione compiuta di “quali siano le norme di legge sostituite o abrogate, indicazione che peraltro non dovrebbe risultare particolarmente difficile per l'amministrazione che ha tanto profondamente inciso nella materia e che dunque la padroneggia con sicurezza in tutte le sue implicazioni” (cfr. Cons. Stato, a.g., n. 123/1994; già in precedenza, v. Cons. Stato, a.g., n. 100/1989).

³⁶ M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ministeriali in delegificazione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2011, 2-3; in termini altrettanto critici v. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, 320 ss.; P. M. VIPIANA, *La*

Si è, pertanto, rilevato che “se si guarda alla prassi legislativa, peraltro non sanzionata, anzi avallata dal Consiglio di Stato, le ipotesi di delegificazione a favore di regolamenti governativi compiute ‘fuori’ dal modellino dell’art. 17, comma 2, della legge n. 400 del 1988 sono tali e tante da indurre a dubitare della sua stessa tenuta”³⁷.

Dunque, la “forma” legale della delegificazione, costituente già di per sé una *fictio juris* rispetto all’ordinario rapporto fonte primaria-fonte secondaria, viene ulteriormente forzata, nella “prassi” (di nuovo, la prassi), per dare legittimazione ad una “sostanza” illegale³⁸.

delegificazione: profili teorici ed esperienze pratiche, in Pol. dir., 1994, 317 ss.; G. PUCCINI, *La potestà regolamentare del Governo nell’esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in P. CARETTI – U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell’amministrazione*, Bologna, 1991, 229; F. MODUGNO – S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, 1997, 19; U. DE SIERVO, *Una necessaria riflessione*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell’amministrazione centrale*, Bologna, 1992, 18; per G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1995, 275, la delegificazione priva dell’indicazione espressa delle disposizioni da abrogare costituisce “un fatto incostituzionale” in spregio al principio di legalità “fino a ridurlo ad apparenza senza sostanza”.

³⁷ M. RUOTOLO, *A proposito di regolamenti ...*, cit., 2.

Va ricordato che, incredibilmente, per il Consiglio di Stato (cfr. a.g., n. 100/1989) “benché il fenomeno della delegificazione trovi ormai espressa previsione nel disposto dell’art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, non pare di ostacolo al suo inverarsi la circostanza che la norma di legge contenente la clausola autorizzativa della potestà regolamentare ... non contenga la determinazione delle norme generali regolatrici della materia e la previsione dell’effetto di abrogazione delle norme (primarie) vigenti, che pure l’art. 17 [citato] indica come contenuto delle clausole legislative di delegificazione. Vale infatti considerare che ... l’effetto d’abrogazione condizionata è il proprium della delegificazione, e non vi è necessità che ciò sia letteralmente esternato dalla previsione legislativa” (sic!). Da qui il giudizio di L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 359 secondo cui “lo stesso art. 17, comma 2 è stato interpretato in termini assai larghi, per non dire indulgenti, nei riguardi del Governo”.

³⁸ V. TARLI BARBIERI, *Governo: l’attuazione dell’art. 17 della legge n. 400 del 1988 nel più recente periodo*, in *Quad. cost.*, 1995, 509, documenta casi di delegificazione anche in settori tradizionalmente coperti da riserva assoluta di legge.

Chi riteneva di salvare la centralità del Parlamento con “l'intensità applicativa”³⁹ del principio di legalità sostanziale nelle materie delegificate è rimasto deluso. Non meno di chi riteneva di poter confidare sul controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, per il quale è, invece, naturale concludere che, in caso di assenza, la determinazione delle norme generali regolatrici della materia possa risultare “per implicito” dalla “disciplina già in vigore”⁴⁰. Tale spiegazione, infatti, è null'altro che un cortocircuito logico, rimanendo arduo comprendere come possano ricavarsi le norme generali regolatrici della materia proprio dalla legislazione previgente destinata ad essere delegificata.

Davvero, “quello recepito in via generale dalla legge n. 400 del 1988 costituisce in ogni caso un artificio sofisticato, volto a ‘coprire’ un fenomeno di sostanziale attribuzione al governo di una potestà normativa avente forza di legge, che in sé risulterebbe di dubbia ammissibilità costituzionale alla luce degli artt. 70, 76 e 77 Cost.”⁴¹

L'alterazione del rapporto Parlamento/Governo, su settori di disciplina strategici⁴², è di tutta evidenza⁴³, aggravata, per un verso dall'esclusione, sulle fonti di rango sub-legislativo, del controllo della Corte costituzionale⁴⁴; per

³⁹ A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI – A. ROMANO – F. R. MONACO – F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, I, 183.

⁴⁰ Così Cons. Stato, a.g., n. 100/1989.

⁴¹ Così N. LUPO, *Dalla legge ...*, 39.

⁴² Come è quello, ad esempio, della semplificazione dell'azione amministrativa.

⁴³ Non manca chi, in un'ottica tuttavia di riforma, ritiene addirittura la delegificazione lo strumento per ridare piena dignità al Parlamento, seppure accompagnata da un incremento dei poteri di indirizzo e controllo di quest'ultimo: v. A. BARBERA, *Appunti sulla delegificazione*, in *Pol. dir.*, 1988, 417 ss.; U. DE SIERVO, *Un travolgente processo di trasformazione del sistema delle fonti a livello nazionale*, in *Osservatorio sulle fonti 1998*, Torino, 1999, XV, rileva come “l'autorizzazione a delegiferare sia diventata quasi una clausola ricorrente nelle più diverse leggi”.

⁴⁴ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 23/1989. Sul tema, v. M. CARTABIA, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle*

l'altro, dall'estrema difficoltà (se non impossibilità) del sindacato del giudice amministrativo tutte le volte in cui le norme generali regolatrici della materia sono prive di consistenza definitiva e ampio ed indeterminato il novero delle disposizioni legislative da abrogare⁴⁵; ancora, dal fatto che, diversamente da quanto espressamente previsto dall'art. 76 Cost. per la delega legislativa, l'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 non prescrive che il potere regolamentare delegato debba essere circoscritto in un tempo definito, ed infatti solitamente non ha alcuna limitazione temporale⁴⁶; da ultimo,

norme regolamentari ... aventi (ormai) forza di legge, in *Giur. cost.*, 1994, 469.

⁴⁵ Cfr. G. DI COSIMO, *Delegificazione e tutela giurisdizionale*, in *Quad. cost.*, 2002, 249. La delegificazione anomala finisce anche col restringere la portata innovativa del più recente orientamento del Consiglio di Stato che ammette la disapplicazione del regolamento illegittimo non gravato: cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 154/1992 per il quale “nel conflitto tra due norme di rango diverso il Collegio non può non dare preminenza a quella legislativa, di livello superiore rispetto alla disposizione regolamentare. Questo in applicazione degli artt. 1, 3 e 4 delle disposizioni preliminari del codice civile e in ossequio ai principi generali sulla gerarchia delle fonti per i quali non è consentito ad un regolamento di esecuzione dettare disposizioni in contrasto con quelle, di carattere superiore e prevalente, contenute per la stessa materia in un provvedimento legislativo, a meno che in questo non vi sia una espressa previsione di deroga. Inerisce al rapporto di sovraordinazione di una fonte ad un'altra l'idoneità dell'atto maggiore a determinare l'abrogazione delle norme di minor forza (oltre che di quelle di pari rango) che racchiudano precetti incompatibili. Per l'atto avente forza di legge il meccanismo, nel nostro ordinamento, è dato dall'invalidazione a seguito di pronuncia di incostituzionalità. Per l'atto normativo emanato dalla pubblica amministrazione il meccanismo è rappresentato, innanzi al giudice civile e penale, dalla disapplicazione dell'atto stesso, anche se le parti non controvertono sul punto. Ma se si tratta di un atto di normazione secondaria, e se quindi per esso possano valere criteri analoghi a quelli recepiti in qualunque caso di concorso di norme, fra loro contrastanti pur se idonee in astratto a regolare la medesima fattispecie, deve proporsi identica soluzione ove quell'atto (di normazione secondaria) sia in conflitto con un atto di normazione primaria e non sia oggetto di impugnazione innanzi al giudice amministrativo. ... Anche nei giudizi amministrativi, quindi, l'atto regolamentare sarà inapplicabile, come qualsiasi atto legislativo altrettanto inidoneo a regolare la fattispecie”.

⁴⁶ Secondo L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 356, “occorre ... evitare che i regolamenti in questione vengano dotati di poteri equivalenti a quelli esercitabili mediante i decreti legislativi, senza nemmeno sottostare ai limiti costituzionalmente prescritti

dall'autorizzazione alla delegificazione contenuta, oltre che in leggi, anche (sic!) in decreti legge e decreti legislativi⁴⁷.

Di nuovo, l'elusione non è solo e non è tanto dell'art. 4 delle preleggi o dell'art. 17 della l. n. 400/1988: è, soprattutto, dell'art. 70 Cost. e, a cascata, a carico della forma di governo e della forma di Stato immaginata, sulla carta, dai costituenti⁴⁸: “è paradossale che il Parlamento, che fa le leggi, ritenga necessario un meccanismo di ‘delegificazione continua’ come quello previsto dalla legge annuale di delegificazione. Ancor più paradossale è

in tema di delegazione (dall'indispensabile fissazione di un termine sino alla naturale istantaneità della delega). In un contesto di delegificazione carente nella determinazione delle norme generali regolatrici della materia e delle disposizioni legislative sottoposte ad abrogazione, poco rileva, invero, l'osservazione che, ovviamente, il Parlamento possa rilegificare gli ambiti delegificati e che, disposta la delegificazione, essa non determini, per ciò stesso, la spoliatura permanente della potestà legislativa primaria e la definitività della potestà regolamentare del governo nelle materie delegificate.

⁴⁷ Cfr. T. DE PASQUALE, *La giurisprudenza consultiva del Comitato per la legislazione sulla delegificazione: tra modello generale e prassi*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2011, 20.

⁴⁸ Per L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 356 “... leggi del genere saranno sospettabili d'illegittimità costituzionale”, perché la violazione delle prescrizioni imposte dall'art. 17, comma 2, l. n. 400/1988 “potrebbe rappresentare il sintomo di un aggiramento della Costituzione, relativamente al riparto dei poteri normativi fra il Parlamento e il Governo”; poco dopo (pp. 358-359) l'Autore, raccontando “la prassi applicativa dell'art. 17 della legge n. 400”, è costretto a rilevare che “il rigore delle indicazioni contenute nell'art. 17 comma 2 è stato alquanto attenuato dai disposti di legge che hanno specificamente previsto le più varie delegificazioni. Si è già ricordato, in effetti, che tali disposti non individuano direttamente le leggi da abrogare, ma lasciano spesso che sia l'esecutivo a precisare la portata dell'abrogazione. Ciò che forse più conta, accade che le clausole di conferimento della potestà regolamentare non stabiliscano neanche le norme generali della materia, limitandosi invece a fissare taluni principi informatori dell'intero diritto amministrativo. ... Del pari, accade che l'attribuzione del potere non venga effettuata per mezzo di leggi formali bensì di decreti legislativi, sia pure esplicanti poteri già previsti in sede di delega: il che non corrisponde alla lettera dell'art. 17 comma 2, che non fa menzione degli atti aventi forza di legge, diversamente dalle lettere b) e c) del comma 1”. Cfr. M. CUNIBERTI, *La delegificazione*, in V. COCOZZA - S. STAIANO (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto - La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2001, 104.

delegificare lasciando poi la quasi totale discrezionalità delle scelte ai regolamenti governativi; non può ritenersi infatti che il Parlamento possa recuperare il suo ruolo-guida con il controllo sugli schemi dei regolamenti delegificanti affidato alle Commissioni parlamentari. Anzi, tale controllo sembra ancor più confondere i confini tra la delegificazione mediante regolamento governativo e la delegazione legislativa e si pone con sempre maggior forza il problema del rispetto dei modelli e delle forme: si tratta ancora di regolamenti governativi o, in via di prassi accettata, si sta affermando un atipico quasi-decreto delegato che aggira il riparto dei poteri normativi tra Parlamento e Governo? Sembra questo il punto centrale di tutta la vicenda descritta, ossia la modifica della forma di governo a ‘Costituzione invariata’ dove il Governo consolida una ‘posizione dominante’ nella produzione di norme di diritto ‘malgrado ogni diverso indirizzo stabilito in Costituzione’”⁴⁹.

6. I decreti ministeriali di natura non regolamentare.

Da tempo si è constatato che “entro il vastissimo ed eterogeneo campo delle fonti ‘secondarie’, accade ... che si registrino profonde incertezze, tanto nell'individuazione dei singoli atti o fatti, quanto - prima ancora - nella definizione delle categorie di cui si tratta”⁵⁰,

⁴⁹ Così, citando Ruggeri, G. DEMURO, *Le delegificazioni nelle ll. nn. 59 e 127/1997: “il fine giustifica i mezzi”?*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, 1997, Torino, 257-258.

⁵⁰ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 34, il quale prosegue osservando che “giova infatti ripetere che il numero delle fonti legali può dirsi costituzionalmente chiuso, solo per ciò che riguarda le leggi e gli atti o i fatti equiparati (o sopraordinati), a fondamento dei quali non può mai difettare una previsione di rango costituzionale. Relativamente alle fonti minori, viceversa, tutto o quasi tutto rimane affidato alla legislazione ordinaria. E le previsioni legislative sono spesso insufficienti, ambigue e perciò controverse, nelle stesse sedi giurisdizionali: al punto che i medesimi tipi di atti vengono talora classificati fra quelli normativi, talaltra degradati a provvedimenti o negozi privati”. Quanto al nomen di regolamento già M.S. GIANNINI,

arrivando ad ammettere l'insufficienza del ricorso a criteri distintivi "puramente formali - come pure sarebbe desiderabile, per avvalorare la certezza del diritto"⁵¹.

Può sorprendere invece - ma fino ad un certo punto - di dovere riscontrare che tali "incertezze" vengano alimentate ad arte per mantenere allo Stato quello che il sistema costituzionale ha attribuito alle Regioni.

In particolare, sulla scia della c.d. "fuga dal regolamento"⁵², si è assistito ad una nuova "invenzione" elusiva consistente nel rinvio legislativo a non meglio precisati d.p.c.m. (decreti emanati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri) o a "decreti ministeriali di natura non regolamentare", aventi, nonostante la formula usata, proprio natura di atti di normazione secondaria: tanto in spregio all'art. 17 della l. n. 400/1988 (e al regime giuridico ivi previsto per le fonti di rango regolamentare) e, soprattutto, del principio del parallelismo fra competenza legislativa e competenza regolamentare dello Stato introdotto dal novellato art. 117, sesto comma, Cost.

Si tratta di una "truffa delle etichette" che le disposizioni legislative e costituzionale miravano a evitare: la prima, imponendo forme procedurali tipiche del regolamento - e,

Regolamento(in generale), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 602, ricordava che "il regolamento è un atto precettivo generale che in ogni ordinamento ha una propria regolazione, di solito tipica, ma talora anche atipica. Può avere o non avere qualifica di fonte normativa; può valere, se fonte, come fonte primaria o secondaria o autonoma; può variare quanto all'ambito di efficacia secondo quanto statuisce la normativa ordinamentale".

⁵¹ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 46, il quale, a proposito dei regolamenti, ravvisato che "la generalità-astrattezza delle disposizioni in esame non costituisce un criterio sufficiente per giungere sempre a soluzioni sicure", conclude che "si rende ... indispensabile accertare, con tutti gli strumenti offerti dal ragionamento giuridico, se nella specie prevalga il momento del disporre oppure il momento del provvedere": soluzione alquanto ambigua, nonostante l'efficacia espressiva, se non addirittura tautologica laddove la differenza fra il disporre e il provvedere venga risolta nella natura generale ovvero puntuale delle prescrizioni.

⁵² Di "una sorta di 'fuga' dell'esecutivo dai regolamenti" discorreva L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 356, ma anche 39 e ss.

*argomentando a contrario, fornendo in negativo le caratteristiche proprie degli atti non regolamentari; la seconda, ribadendo, pur attraverso una redistribuzione della potestà regolamentare tra i diversi livelli territoriali, la natura della legge come norma di riconoscimento della potestà regolamentare e, quindi, la consueta relazione tra le fonti in termini di sovra e sotto-ordinazione"*⁵³.

Basta, ai presenti fini, sottolineare che le predette violazioni (del riparto costituzionale di competenze normative Stato-Regione e della disciplina generale del regolamento), nuovamente, prima che essere del decreto c.d. non regolamentare, sono della fonte primaria che pretende, sulla scorta di una qualificazione meramente artificiosa, l'attribuzione allo Stato di potestà sostanzialmente regolamentari in materie di competenza regionale.

Il climax ascendente del fenomeno è stato ben stigmatizzato in dottrina: "immediatamente a ridosso dell'entrata in vigore della legge 400 del 1988, l'elusione della sua portata normativa fu permessa dal mancato richiamo, nelle disposizioni legislative, all'art. 17, e quindi dalla mancata precisazione della natura dell'atto governativo che si andava autorizzando: l'esecutivo era autorizzato ad adottare norme di natura secondaria, ma non erano precisate forme e modalità di formazione di tali atti. Negli anni novanta, i rilievi mossi dalla dottrina e dal Consiglio di Stato indussero il legislatore a precisare forme e modalità di normazione secondaria, precisazioni che però non si concretizzavano nel rinvio a quanto disposto dall'art. 17 della legge 400 del 1988: il legislatore scelse di liberamente determinare i caratteri procedurali e contenutistici dell'atto, sostanzialmente non sentendosi vincolato alla disciplina generale. Nell'ultimo

⁵³ V. MARCENO' - V. MARCENO', *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in *osservatoriosullefonti.it*, 3/2011, 5.

decennio la percezione dell'art. 17 come norma di natura meramente descrittiva (nel senso di norma che suggerisce forme di regolamento comunque non vincolanti) e non precettiva si fa ancora più evidente. In questo senso la ribellione diviene 'sfacciata': il legislatore che ritenga necessario un successivo intervento a livello di produzione secondaria, invita esplicitamente all'adozione di decreti ministeriali aventi natura non regolamentare. Si tratta di una formula che si contrappone in modo esplicito alla stessa definizione strutturale di regolamento: il regolamento governativo è tale sulla base del carattere normativo dei suoi enunciati; gli altri decreti si caratterizzano, per espressa definizione dello stesso legislatore, per il carattere non normativo del suo contenuto. Le perplessità ovviamente generano dalla sola constatazione che la portata del contenuto che tali ultimi atti presentano non è, come ci si aspetterebbe, non normativa, bensì normativa"⁵⁴.

Se solo si rammenta l'accondiscendenza manifestata dal Consiglio di Stato nel valutare la sussistenza o la carenza dei requisiti di validità dei regolamenti di delegificazione, risuona davvero poco rassicurante e scarsamente dirimente concludere che "è universalmente riconosciuto, però, che i regolamenti gabellati per provvedimenti, come pure le disposizioni formalmente regolamentari che non abbiano sostanza normativa, vanno considerati illegittimi" e che "in entrambi i casi forma e contenuto debbono dunque coincidere"⁵⁵.

Il fatto è che manca l'abitudine mentale per un approccio al sistema delle fonti diverso da quello "puramente formale" ed il "salvagente della forma"⁵⁶ è usato, verrebbe da dire, sistematicamente, per salvare quanto non andrebbe salvato,

⁵⁴ V. MARCENO', *Quando il formalismo giuridico ...*, cit., 3-4.

⁵⁵ L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit., 357.

⁵⁶ Secondo l'espressione di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

per legittimare quanto è vietato, per eludere la sostanza delle regole.

Se la fattispecie è nuova, la via è quella, ampiamente roduta, del rispetto solo formale delle regole sulla produzione normativa: si pretenderebbe che, non trattandosi (formalmente) di regolamenti, non vi sarebbe alcuna violazione dell'art. 117, sesto comma, Cost. né dell'art. 17 l. n. 400/1988. Allo stesso modo di come - si afferma - non v'è violazione dell'art. 76 Cost. se i principi e criteri direttivi della legge di delega sono inconsistenti, né del 77 Cost. se la carenza, nel decreto legge, dei presupposti giustificativi non è evidente, né della gerarchia delle fonti, da parte dei regolamenti di delegificazione, dal momento che l'abrogazione è da imputare alla legge e non al regolamento delegato, neppure quando manchino le "norme generali regolatrici della materia" e non siano dichiarate espressamente le disposizioni da abrogare.

In effetti, quello che dovrebbe preoccupare non è (più, ormai) il singolo fenomeno, ma il loro insieme.

7. Parlamento e fonti secondarie atipiche.

Settori dell'ordinamento qualificati come "sensibili"⁵⁷, hanno, nel tempo, indotto alla costituzione di Autorità amministrative c.d. indipendenti⁵⁸, assegnando loro importanti poteri di regolazione⁵⁹, non solo di organizzazione e

⁵⁷ Risparmio, mercato, assicurazioni, borsa, concorrenza, trattamento dei dati personali, comunicazioni, sciopero, servizi di pubblica utilità, contratti pubblici.

⁵⁸ Banca d'Italia, Consob, Ivass, Garante della concorrenza e del mercato, Garante per la protezione dei dati personali, Autorità di regolazione per energia reti e ambiente, Autorità per la garanzia nelle comunicazioni, Autorità di garanzia sugli scioperi, Autorità nazionale anticorruzione.

⁵⁹ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 249 rammentano che "con il termine 'regolazione' - tratto dal linguaggio dell'economia e della scienza politica - si intende l'uso di una disciplina pubblicistica non più finalizzata alla pianificazione dell'attività degli operatori economici, bensì al condizionamento indiretto di essa: deve garantire il rispetto delle regole del gioco concorrenziale, la circolazione delle informazioni, la trasparenza dei mercati, nei settori connotati

funzionamento interni, ma anche con efficacia generale esterna.

Il Parlamento ha così attribuito una consistente porzione del potere normativo ad autorità sottratte al circuito di indirizzo politico e al suo stesso controllo⁶⁰, con buona pace dei canoni classici della democrazia rappresentativa e del numero chiuso delle fonti primarie: in gioco vi sono, infatti, poteri normativi sostanzialmente primari, spesso usati anche con finalità di tipo sanzionatorio.

Non a caso, gli atti regolativi delle Autorità indipendenti vengono trattate dai costituzionalisti fra le "zone d'ombra" del "sistema" delle fonti del diritto⁶¹, lamentandosi la loro difficile "compatibilità con il principio di legalità (nelle diverse accezioni formulate dalla dottrina) e con le riserve di legge previste dalla Costituzione, soprattutto con riguardo al regime dell'iniziativa economica e della proprietà. Infatti, gran parte dei poteri normativi [de quibus] sono, il più delle volte, esercitati senza che esistano norme di legge che ne indirizzino il contenuto. La legge si limita ad autorizzare l'esercizio dei poteri regolatori delle Autorità delegando ad esse la disciplina sostanziale"⁶².

Si è così lamentato che "in realtà si tratta di un'altra tecnica o surrettizia forma di delegificazione, un

dal regime del servizio di pubblica utilità, il contenimento tariffario, la soddisfazione dei bisogni ritenuti meritevoli mediante l'erogazione di prestazioni condeterminate caratteristiche si continuità, diffusione sul territorio, e così via".

⁶⁰ S. FOA', *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 8; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, 2005, 168; P. BILANCIA, *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le Autorità indipendenti*, Milano, 1999, 87; G. NAPOLITANO, *Regole e mercati nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 107; M. A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle Autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 1, 2000, 13; S. SILEONI, *Tecniche di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: esperienze applicative*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti* 2007, Torino, 140.

⁶¹ Così R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 248.

⁶² R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 254.

*alleggerimento ulteriore del peso 'disciplinatore' del Parlamento"*⁶³.

A qualcuno pare "inevitabile una caduta del valore della legalità sostanziale"⁶⁴; qualcun altro propone "una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi quasi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori"⁶⁵.

In senso contrario, deve opporsi, all'uno, il pericolo di far agire qualsiasi autorità amministrativa, indipendente e non, entro un perimetro di legalità di tipo domestico; all'altro, che, in concreto, si è dato ingresso ad una massa incontrollata di atti, i più disparati e variamente nominati, cionondimeno ritenuti, *ex parte pubblica*, idonei a fondare obblighi, a legittimare controlli, a giustificare sanzioni.

Svilisce il Parlamento, proliferano procedure in deroga⁶⁶: *nomina nuda tenemus*.

8. La crisi della legge, la flessibilità della Costituzione rigida, la debolezza del Parlamento, le prassi applicative contra legem.

⁶³ L. COLACINO CINNANTE, *Trasformazione dell'Amministrazione e potere regolamentare*, in *Foro amm.*, 1998, 1260.

⁶⁴ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Le fonti ...*, cit., 255.

⁶⁵ M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 155.

⁶⁶ Ad esempio, applicandosi il criterio di specialità, si va sostanzialmente in droga alle previsioni e alle garanzie stabilite dalla disciplina generale, per esempio delle leggi n. 241/1990 e n. 689/1981 sanzionando condotte sulla base di norme legislative in bianco riempite da interi corpi normativi autoprodotti: basti pensare all'attuale procedimento sanzionatorio di Banca di Italia.

Che la legge sia in crisi non è una notizia inedita⁶⁷. Se ne parla da tempo, sia da parte degli storici e dai teorici del diritto, sia da parte dei cultori del diritto costituzionale.

E' in crisi la legge intesa come prodotto tipico del Parlamento rappresentativo nazionale, per la concorrenza di organi legislativi altri, sovranazionali e regionali; ma anche come fonte generale e astratta, contraddetta ora da leggi *ad personam*, da leggi-provvedimento, da leggi a contenuto particolare, ora, all'opposto, da leggi affatto generiche e per nulla precettive, di mero rinvio alla normazione secondaria, a carattere particolare, contingente, provvisorio; è in crisi la sua stessa funzione identitaria di mediazione degli interessi sociali, di sede fisiologica delle scelte di politica legislativa, la sua capacità di intercettare e soddisfare le esigenze del corpo sociale al quale si indirizza, di non essere sempre più spesso anacronistica.

La crisi della legge è anche la crisi dello Stato-persona, sempre più sovrastato da ordinamenti sovranazionali in espansione e da una società civile sempre meno propensa ad attendere i tempi di decisioni esiziali che tardano a venire; è la crisi della stessa rappresentanza parlamentare⁶⁸.

Tutto questo ha progressivamente allontanato il Parlamento dalla sua funzione primaria: è "prassi", come si è provato, che il Parlamento adotti leggi di delega sostanzialmente in bianco, che, convertendoli in legge, sani i decreti legge nati senza i presupposti costituzionali della straordinaria necessità ed urgenza,

⁶⁷ F. MODUGNO – D. NOCILLA, *Crisi della legge*, in *Dir. Soc.*, 1989, 431; CARAVITA – M. LUCIANI, *La ridefinizione del sistema delle fonti: note e materiali*, in *Pol. dir.*, 1986, 263 ss.; e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 44 ss.; P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in *Laurea magistrale honoris causa in Giurisprudenza a Paolo Grossi*, Napoli, 2008, 39.

⁶⁸ Cfr., ampiamente, M.M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000.

che tolleri catene di decreti legge non convertiti reiterati per anni, assista inerme all'espansione del potere regolamentare del governo, autorizzi la delegificazione senza determinare le norme generali regolatrici della materia e delle disposizioni di rango primario da abrogare, che preveda e consenta l'adozione di "non-regolamenti" ministeriali in materie di competenza regionale, che demandi a fonti secondarie atipiche interi ambiti di materia ritenuti eccessivamente tecnici sebbene costituzionalmente "sensibili".

Ci si potrà nascondere dietro a più tranquillizzanti schermi formali(stici), si potrà continuare ad usare locuzioni "addomesticate" qualificando come mere "prassi applicative" vere e proprie illegittimità e palesi difformità rispetto al modello costituzionale e legale. Si potrà rigettare per esse la categoria di fonti (proprio perché *contra legem*) *extra ordinem*⁶⁹: rimane che l'effetto complessivo che ne discende è una surrettizia alterazione del sistema costituzionale e dei suoi equilibri in un quadro di sostanziale sovrapposizione dei ruoli del Governo e del Parlamento nell'esercizio dell'attività normativa⁷⁰.

Il recupero del ruolo del Parlamento non può che passare attraverso la

⁶⁹ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti ...*, cit. pp. 459, per il quale "ancor meno accettabile è la tesi che di fonti *extra ordinem* si possa e si debba ragionare, ogniqualvolta un singolo fatto o atto normativo riesca in concreto ad imporsi, malgrado la sua difformità dal corrispondente schema legale": conclusioni diverse suggeriscono, invero, proprio l'estensione e la radicazione delle summenzionate prassi applicative, che, non si risolvono affatto in episodi circoscritti, ma rappresentano abitudini consolidate, tanto da costituire, a rigore, consuetudini o convenzioni *contra constitutionem*. Sul tema v. M. BERTOLISSI – R. MENEGHELLI, *Lezioni di diritto pubblico*, Torino, 1996, 196.

⁷⁰ N. LUPO, *Dalla legge ...*, 333-349. Si è rilevato che "è convinzione abbastanza diffusa che ormai 'la legge ha perso, forse per sempre, il ruolo tradizionale di perno del sistema delle fonti' (Ruggeri, 1977, 60), in forza di un progressivo 'accercchiamento da ogni lato', per cui essa 'non è più nemmeno l'atto normativo primario per eccellenza' (Modugno-Nocilla, 1989, 424) ma piuttosto la 'fonte ... a competenza residuale' (Sorrentino, 1999, 44)": F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa ...*, cit., 36.

consapevolezza che la rigidità della Costituzione non è in una forma superiore che una forma inferiore è chiamata ad osservare, ma nella sostanza (valoriale) dei suoi contenuti.

Senza questa consapevolezza si rinnoveranno le “prassi” poco sopra raccontate, perché nella vita e anche nella vita istituzionale *“lentamente muore / chi diventa schiavo dell’abitudine / ripetendo ogni giorno gli stessi percorsi”*⁷¹.

9. Il paradosso del regionalismo dell’uniformità.

Tornando, dunque, all’odierno dibattito sul regionalismo differenziato, nel contesto sia delle “prassi applicative” sia delle consolidate “abitudini” assunte dal legislatore primario poco sopra descritte, il richiamo *sic et simpliciter* alla centralità del Parlamento e della legge parlamentare rischia, se non di essere, di apparire meramente strumentale rispetto al fine di sostenere ragioni che, in sé considerate, poco hanno a che fare con la custodia della Costituzione e della forma parlamentare. Tradiscono, piuttosto, una qualche preconcetta resistenza alle istanze di autonomia legittimamente avanzate dalle Regioni alla luce di quanto prevede, oggi, l’art. 116, terzo comma, Cost.

Non solo. Accanto alle prassi di cui sopra se ne aggiungano altre ed ulteriori, le quali, nuovamente, raccontano di come la Costituzione vivente si distanzi sempre più da quella cartolare.

Si diffida delle istanze regionalistiche ex art. 116 Cost. perché esse violerebbero l’essenziale unitarietà della Repubblica e il fondamentale principio di uguaglianza⁷².

⁷¹ Dalla poesia *“lentamente muore”* di Martha Meldeiros.

⁷² Anche il Ministro per gli Affari regionali, in una dichiarazione ufficiale con testo a cura dell’ufficio stampa (rinvenibile nel sito istituzionale www.affariregionali.gov.it), ha affermato che *“l’autonomia è scolpita nella nostra Costituzione e la faremo. Però vogliamo farla così com’è scritta nella Costituzione. Non la si decide su un territorio, in maniera unilaterale. La Costituzione va letta bene. Non si può parlare di autonomia senza ripartire da un impegno serio che diventa una*

Si trascura, tuttavia, per un verso, che il modello del regionalismo disomogeneo era conseguente alla previsione stessa dell’attribuzione alle neonate Regioni della potestà sul piano legislativo⁷³; per l’altro, che tale modello, nella concreta attuazione, si è presto orientato nel senso dell’accentramento statale, piuttosto che della differenziazione regionale.

In effetti, si è osservato, in tempi non sospetti⁷⁴, che la rotta del modello regionalistico italiano verso l’omogeneità si è verificata a *“causa di una prassi costituita su tre coordinate: quella della legittimazione di leggi regionali che, intervenendo in materie di competenza regionale, nel dettare i principi fondamentali scendendo fino al più basso grado di astrattezza e sviscerano la potestà legislativa regionale a qualcosa di non dissimile alla mera normazione di esecuzione; quella della costante espansione della funzione di indirizzo e coordinamento fino a renderla impiegabile anche nei confronti della potestà legislativa regionale, persino esclusiva; infine quella della legittimità del ricorso da parte dello Stato all’uso di*

lotta alle disuguaglianze. Non si può parlare di autonomia se non si declina la parola autonomia in sussidiarietà, se non si pensa a un nuovo modello sociale”.

⁷³ Perspicuamente si è rilevato che *“il regionalismo differenziato può significare: a) che le Regioni abbiano formalmente poteri diversi; b) che le Regioni di fatto si differenzino, utilizzando diversamente – per qualità o per quantità – l’autonomia di cui sono egualmente dotate. Il diverso grado con cui le Regioni ordinarie hanno sin qui utilizzato le nuove competenze messe a disposizione dal trasferimento compiuto dai decreti Bassanini e dalla riforma del Titolo V ha prodotto il risultato di una notevole differenziazione di fatto delle prestazioni e degli ordinamenti. Tuttavia le attribuzioni formali non hanno subito alcuna differenziazione. Che Regioni dotate di un’efficienza politica e amministrativa più accentuata debbano poter esercitare maggiori competenze di quelle assegnate alle Regioni meno efficienti appare in linea di massima un principio largamente accettabile: fa parte del principio di eguaglianza trattare in modo diverso situazioni diverse (Vandelli). I problemi che si pongono sono però relativi ai modi e agli strumenti che possono essere impiegati per favorire questa ‘differenziazione’”*: R. BIN, *“Regionalismo differenziato” e utilizzazione dell’art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*, in *Le Istituzioni del federalismo. Regione e Governo locale*, 2008, 9.

⁷⁴ Cioè, prima della riforma costituzionale del 2001.

penetranti poteri sostitutivi nei confronti dell'amministrazione regionale"⁷⁵.

La situazione non è cambiata di molto, se non a parole, con la riforma del titolo V del 2001. In luogo del limite dell'interesse nazionale, formalmente abrogato, la negazione delle istanze autonomistiche regionali è stata, di volta in volta, giustificata con l'incerta definizione degli ambiti delle materie elencati nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost., con l'argomento delle materie-funzione, con il meccanismo dell'attrazione in sussidiarietà, con il richiamo ai compiti di indirizzo e coordinamento, con l'inattuazione dell'art. 119 Cost.⁷⁶.

Se poi si guarda al risultato di tale accentramento non può non constatarsi come la legge statale, nel nome dell'egualitarismo, abbia, in realtà, determinato o, se si preferisce, non abbia saputo evitare, il permanere di profondissime ragioni di disomogeneità

nelle performance delle diverse Regioni: il regionalismo dell'uniformità, nei fatti e paradossalmente, si è risolto nel suo opposto, generando o non superando le ben note differenze sociali ed economiche che a tutt'oggi attraversano il Paese⁷⁷: *"il paradosso del modello implicato nel regionalismo dell'uniformità ... è stato quello di non essere riuscito, nonostante vari decenni di applicazione, a garantire l'unificazione delle condizioni di vita nel Paese"*⁷⁸.

In buona sostanza, la legge dello Stato non solo non ha più, per le molte ragioni che si sono riassunte, la centralità che la Carta costituzionale le aveva assegnato, ma, per altro verso, non è stata comunque in grado di garantire quella eguaglianza che, con apprensione, si vede oggi messa in discussione dalle iniziative regionali ex art. 116, terzo comma, Cost.

10. L'art. 116 Cost..

Per salvare l'uno e l'altro valore (la centralità del Parlamento e l'uguaglianza), dal punto di vista della procedura da applicare nell'attuazione del regionalismo differenziato, due sono, in particolare, le questioni all'ordine del giorno:

a) se l'iniziativa ex art. 116 Cost. debba essere preceduta da una legge-

⁷⁵ L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano, 2000, 19. Analogamente, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il regionalismo e i modelli*, in *Le Regioni*, 1995, 256.

⁷⁶ R. BIN, *"Regionalismo differenziato"* ..., cit., 10 osserva che *"non si può ragionare di 'differenziazione' se non si riflette su questo dato: nell'attuazione del nuovo Titolo V, i tentativi delle Regioni di varare leggi innovative nelle 'nuove materie' (concorrenti o 'residuali') sono stati sistematicamente bloccati dal Governo (sia in questa legislatura che in quella precedente), che talvolta, ma non sempre, ha trovato dalla sua parte la Corte costituzionale. Il fatto che la riforma costituzionale non sia stata seguita da un espresso trasferimento di funzioni (ma dall'inutile 'legge La Loggia', che per altro non è stata attuata) ha lasciato del tutto indefiniti i contorni e i contenuti delle materie, inducendo il Governo a svolgere una funzione di 'calmieramento' del potenziale innovativo della riforma e di bloccare con l'impugnazione ogni legge delle Regioni che cercasse di 'prendere ciò che la Costituzione dà loro', come pure la Corte costituzionale aveva invitato a fare (sent. 422/2002). In alcuni casi, inoltre, la Corte ha accolto l'impugnazione statale, ritenendo che la riforma del Titolo V non operasse direttamente come trasferimento della funzione legislativa alle Regioni, ma che sia necessario che la legge statale definisca i nuovi principi della materia (in ciò individuando un 'principio della materia'): interi settori, come i tributi regionali e l'ordinamento delle professioni, sono stati così bloccati in attesa che lo Stato tracci i limiti della competenza regionale. Per contro, lo Stato ha fatto ricorso alle proprie attribuzioni 'esclusive' per giustificare ogni tipo di incursione nelle materie di competenza regionale e per bloccare incursioni regionali in esse"*.

⁷⁷ C. MAINARDIS, *Uniformità teorica, differenziazione pratica: gli sviluppi del regionalismo italiano tra competenze e responsabilità*, in *Le Regioni*, 2016, 5-6, pp. 835-846; F. PIZZETTI, *La ricerca del giusto equilibrio tra uniformità e differenza: il problematico rapporto tra il progetto originario della Costituzione del 1948 e il progetto ispiratore della riforma costituzionale del 2001*, ivi, 2003, 599-628; R. BIN, *Del federalismo asimmetrico all'italiana e di altri mostri della fantasia costituyente*, ivi, 227; G. FALCON, *La riforma costituzionale e la legislazione regionale*, ivi, 2005, 714, il quale rileva la *"persistenza di elementi profondi nel modo di essere delle istituzioni, della società civile e perfino della psicologia delle singole persone, che si traduce in esigenze e aspettative che temperano –se non contraddicono– quell'idea di diversità che è l'altra faccia dell'autonomia"*; G. D'IGNAZIO, *Regionalismo asimmetrico e riforma della Costituzione*, in *Osservatorio legislativo interregionale*, 2003, 2; C. PINELLI, *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999, 275.

⁷⁸ L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, cit., 3.

quadro del Parlamento che la disciplini in maniera unitaria;

b) se il Parlamento possa emendare l'intesa eventualmente raggiunta fra la delegazione governativa e quella regionale.

La posizione dei sostenitori delle istanze autonomistiche è doppiamente negativa: da una parte, ritenendo, che l'art. 116, comma terzo, Cost. sia immediatamente applicabile e autosufficiente senza necessità di una previa disciplina statale che dettagli le modalità procedurali⁷⁹, sulla falsariga dell'esperienza già maturata con le intese ex art. 8 Cost.⁸⁰ e perché "le differenze-

⁷⁹ B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino 2002, 144; secondo A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, 139 è, invece, opportuno un intervento del legislatore al riguardo; altri, infine, lamentano gli "evidenti difetti di formulazione" della disposizione (v. A. MORELLI, *Art. 116*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, II. Parte II – Ordinamento della Repubblica (Artt. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali*, F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G.E. VIGEVANI (a cura di), Bologna 2018, 329. Va, peraltro, ricordato che al termine della XIII legislatura, il Governo aveva predisposto uno schema di disegno di legge che tuttavia non venne mai presentato dalle Camere; del resto, con la legge di stabilità per il 2014, il Parlamento ha approvato alcune (inutili) disposizioni di attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost., relative alla fase iniziale del procedimento, prevedendo, in particolare, un termine di sessanta giorni entro il quale il Governo è tenuto ad attivarsi "sulle iniziative delle regioni presentate al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro per gli affari regionali ai fini dell'intesa ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione" (cfr. art. 1, comma 571, l. n. 147/2013).

⁸⁰ Il procedimento di definizione e conclusione delle intese ex art. 8 Cost. utilizza un'apposita commissione interministeriale (istituita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 14 marzo 1997), "secondo un modello che potrebbe essere opportunamente replicato in questa sede": cfr. G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, n. 2/2018, 10; quest'ultimo, peraltro, correttamente rileva che semmai "colpisce – e, anzi, per un certo verso sorprende, nonostante la consonanza dei disposti degli artt. 8, terzo comma, e 116, terzo comma, ultimo periodo, Cost. ... la scelta di non seguire il modello procedimentale della autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali che, a una prima valutazione, sarebbe parso maggiormente coerente a regolare il recepimento di accordi di

discriminazioni tra Regioni esistono da sempre e ad esse lo Stato non ha saputo, finora, porre rimedio"; dall'altra, perché "nel resoconto stenografico dell'indagine conoscitiva, svolta dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali nel corso della passata legislatura, si legge che, quella di competenza parlamentare, è 'una legge in senso formale, vincolata all'intesa precedentemente raggiunta tra Governo e Regione' (Atti Parlamentari, seduta del 6 febbraio 2018, 41)"⁸¹ e perché finanche nelle pre-intese fra lo Stato e le Regioni Veneto, Lombardia, Emilia Romagna si ripete, senza dubbio alcuno, che "l'approvazione da parte delle Camere dell'intesa che darà sottoscritta ai sensi dell'art. 116, terzo comma, della Costituzione, avverrà in conformità al procedimento, ormai consolidato in via di prassi, per l'approvazione delle intese tra lo Stato e le confessioni religiose, di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione"⁸².

cui sono parti enti territoriali (intesi come livelli ordinamentali, per altro tra loro pariordinati alla luce della formulazione dell'art. 114 Cost., come novellato nel 2001). È ben vero che lo stesso modello della 'autorizzazione alla ratifica' implica una dualità della decisione da parte dello Stato italiano (o almeno una molteplicità dei soggetti coinvolti), limitando il ruolo del Parlamento a una parte importante ma non esclusiva del procedimento di finalizzazione e 'interiorizzazione' dell'impegno assunto dai propri rappresentanti con soggetti 'altri'. Eppure, l'aver scelto il modello delle intese ex art. 8 Cost. colloca – in maniera per qualche verso anomala – l'attivazione del regionalismo differenziato nel prisma procedurale della protezione delle minoranze, piuttosto che in quello della definizione di rapporti negoziali intersoggettivi (benché comunque ricompresi all'interno della Repubblica complessivamente intesa, se non anche dello stesso Stato-ordinamento)". Indubbiamente, in entrambe le ipotesi ricorre il dato comune di un procedimento parlamentare a valle di un momento pattizio di cui il Governo è stato parte. Sul tema v. altresì N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano 2001, 51; M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale*, in www.osservatoriosullefonti.it.

⁸¹ V. supra la replica di M. Bertolissi all'appello dei costituzionalisti *sub* nota 2.

⁸² Si è rammentato (da cfr. G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" ...*, cit., 13) che "nella prassi parlamentare, alla

Consentire al Parlamento di emendare liberamente il testo dell'intesa raggiunta fra il Governo e la Regione significa, da un lato, contraddire la lettera dell'art. 116, terzo comma, Cost. secondo cui l'attribuzione di *"forme e condizioni particolari di autonomia"* deve avvenire con legge rinforzata (*"approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti"*) *"sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata"*; dall'altro, non farebbe che rinnegare il senso stesso del percorso stabilito per l'autonomia differenziata, che deve essere condiviso e non concesso, con la Regione interessata in una posizione paritaria, non di destinataria passiva del volere altrui.

Il punto di equilibrio è, dunque, chiaro: una volta raggiunta l'intesa, essa non può essere poi modificata (in termini sostanziali) dallo Stato unilateralmente in sede parlamentare, fermo restando che Camera o Senato, laddove non ne condividessero i contenuti, hanno la facoltà di non approvarla in legge, negando ogni seguito all'iniziativa, e

luce della evoluzione alquanto tormentata dei precedenti nonché dell'assenza di specifiche norme speciali o comunque minimamente limitative nei regolamenti parlamentari, sembra essersi affermata non tanto un'assoluta inammissibilità degli emendamenti, quanto piuttosto la consapevolezza che l'approvazione di proposte emendative contrarie ai principi cardine dell'intesa renderebbero necessaria la sua rinegoziazione, ed il conseguente azzeramento dell'iter del progetto di legge. Già nelle prime esperienze si era andata fatta strada un'interpretazione assai limitativa della proponibilità degli emendamenti, ritenendosi ammissibili solo quelli diretti a modificare 'parti che non siano tali da incidere sui contenuti dell'intesa'. A questo quadro di partenza si aggiunse quello che potremmo definire il principio della 'integralità' delle intese, per cui 'la eventuale reiezione anche di un solo articolo determinerebbe l'ulteriore improcedibilità del disegno di legge e la conseguente necessità di una rinegoziazione dell'intesa. Nella X legislatura si giunse infine ad affermare esplicitamente la sostanziale inemendabilità di tali progetti di legge. Più di recente, invece, l'orientamento delle Presidenze di Camera e Senato è stato volto a riprendere l'impostazione originaria, ammettendo emendamenti riguardanti il versante 'interno' del recepimento dell'intesa, quali la copertura finanziaria, o la data di entrata in vigore delle leggi stesse, ma comunque mai in relazione ai contenuti ..."

senza trascurare che l'approvazione richiede una maggioranza qualificata⁸³.

Di contro, secondo altro orientamento, fatto proprio da molta parte della dottrina costituzionalistica e anche dal Ministro per gli affari costituzionali (del governo Conte bis), è necessario salvaguardare le prerogative del Parlamento e *"definire un quadro unitario di obiettivi e previsioni a cui lo Stato si conforma in sede di elaborazione delle intese con le Regioni interessate avendo riguardo sia alla sostenibilità giuridica della differenziazione richiesta sia alla sostenibilità economica del nuovo assetto, che deve muoversi all'interno dei vincoli economici e finanziari di finanza pubblica"*⁸⁴.

Da qui la bozza di disegno di legge quadro sulle autonomie regionali predisposta dal Ministero per gli affari costituzionali, presentata (il 28 novembre)

⁸³ Nel silenzio dell'art. 116, terzo comma, Cost. si è osservato che *"l'aspetto principale della clausola di 'specializzabilità' è rappresentato dall'accordo che scaturisce dall'incontro tra l'iniziativa regionale e l' 'accettazione' statale, trasfuso nella legge che attribuisce le 'ulteriori forme e condizioni di autonomia'. La 'contrattazione' tra la Regione richiedente e lo Stato permette, infatti, di graduare l'ampliamento delle competenze regionali in relazione alle avvertite esigenze locali, secondo le note logiche della sussidiarietà e dell'adeguatezza e 'nel rispetto dei principi di cui all'art. 119"*: così A. CARIOLA – F. LEOTTA, *Art. 116*, in R. BIFULCO- A. CELOTTO- M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 2194. Sulla matrice negoziale del procedimento *de quo* (nel contesto del quale non è dato di eludere la volontà espressa da ciascuna delle parti e poi maturata in un testo condiviso) cfr. anche R. BIN, *"Regionalismo differenziato"* e *utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 9. Secondo N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato*, cit., 57 la legge *"non dovrebbe poter modificare il contenuto dell'intesa, ma dovrebbe solo approvarla e costituire l'involucro formale che la contiene e la tramuta da accordo Stato-Regione in fonte normativa dell'intero ordinamento"*. Nel dossier n. 565 intitolato *"Il regionalismo differenziato con particolare riferimento alle iniziative di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto"* a cura del Servizio Studi del Senato (in www.senato.it), a proposito del procedimento della legge parlamentare, si prevede che essa *"deve recepire i contenuti dell'intesa"*.

⁸⁴ V. ANSA 3 dicembre 2019.

in Conferenza Stato-Regioni⁸⁵ e sottoposta al Consiglio dei ministri⁸⁶.

Viene da chiedersi se, attraverso tale via, è davvero recuperata, secondo le dichiarate intenzioni, la centralità del Parlamento o se, invece, in linea con le prassi sopra ricordate, centrale è, nuovamente, solo il ruolo del Governo.

Nel disegno di legge, i pilastri delle intese tra lo Stato e le Regioni sono individuati nella previa *“determinazione, nelle materie oggetto di attribuzione, dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) o degli obiettivi di servizio uniformi su tutto il territorio nazionale e dei fabbisogni standard, ai sensi dell’articolo 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione”* e nel *“finanziamento delle funzioni attribuite sulla base dei fabbisogni standard, dei livelli essenziali delle prestazioni o degli obiettivi di servizio [così] determinati”*.

Ma tali pilastri (in uno con la volontà di rispettare il ruolo del Parlamento) si dimostrano subito assai fragili, ove si consideri che si prevede anche che:

a) *“qualora entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell’intesa non siano stati determinati i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i relativi fabbisogni standard, e fino alla loro determinazione, le funzioni sono attribuite con decorrenza dal 1° gennaio dell’esercizio immediatamente successivo e le relative risorse sono assegnate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sulla base del riparto delle risorse a carattere permanente iscritte nel bilancio dello Stato a legislazione vigente”* (v. art. 1, comma 1, lett. e): come dire, i

LEP sono essenziali, ma se ne può fare a meno e, in tale caso, decide l’esecutivo;

b) *“i livelli essenziali delle prestazioni, gli obiettivi di servizio e i fabbisogni standard di cui all’articolo 1, nonché le relative metodologie di determinazione, sono individuati con uno o più decreti del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentiti i Ministri di volta in volta competenti, entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della legge di approvazione dell’intesa”* (art. 2, comma 1): dunque, i LEP, gli obiettivi di servizio e i fabbisogni standard non sono contenuti in una legge parlamentare, contrariamente a quanto avrebbe fatto intendere il richiamo all’art. 117, secondo comma, lett. m) Cost. da parte dell’art. 1, comma 1, lett. a) della bozza, e se non sono contenuti in una fonte primaria non è dato di capire quale natura abbiano i succitati decreti presidenziali proposti/decisi dall’esecutivo;

c) *“gli schemi di decreto di cui al comma 1 ... sono adottati previa intesa in Conferenza Stato Regioni, di cui all’articolo 8 della legge 28 agosto 1997, n. 281. Gli schemi di decreto sono trasmessi alle Camere, ai fini dell’espressione del parere da parte della Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale e da parte delle Commissioni parlamentari competenti. Decorsi trenta giorni dalla trasmissione alle Camere da parte del Governo, il decreto può essere comunque adottato, previa deliberazione definitiva da parte del Consiglio dei ministri. Il Governo se non intende conformarsi ai pareri parlamentari trasmette alle Camere una relazione nella quale indica le ragioni per le quali non si è conformato”* (sic!): le Camere bisogna sentirle, ma prevale il punto di vista del Governo.

⁸⁵ Precisamente, si allude alla bozza fatta poi pervenire all’ANSA.

⁸⁶ L. A. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista di diritto costituzionale sulla ‘bozza di legge-quadro’ in materia di articolo 116, co. 3, Cost.*, in www.federalismi.it., il quale dubita della legittimità costituzionale del d.d.l. in esame.

E, prima ancora, a quale titolo lo Stato dovrebbe adottare una legge-quadro in tale materia, posto che non è fra quelle di legislazione concorrente?⁸⁷

Nihil sub sole novi: contraddetto il sistema delle fonti e spostato dal Parlamento al Governo il luogo della decisione politica fondamentale.

11. Conclusioni.

Al di là del merito delle richieste regionali, sul quale, ovviamente va condotta ogni necessario approfondimento scevro da sterili turbamenti, l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. rappresenta, *rebus sic stantibus*, l'ennesima occasione comprovante la trasformazione della funzione legislativa⁸⁸ e la mutazione della forma di governo parlamentare.

Non, tuttavia, da parte delle iniziative regionali, condotte nel pieno rispetto delle facoltà riconosciute dalla Costituzione e, in alcuni casi, ampiamente avallate anche in via referendaria⁸⁹, bensì da parte delle forme e dei tempi imposti dall'esecutivo, a conferma dell'emarginazione del Parlamento e, nel contempo, della

⁸⁷ L. A. MAZZAROLLI, *Considerazioni a prima vista ...*, cit., 10.

⁸⁸ Mutuo dal titolo del volume a cura di F. MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa ...*, cit., *passim*.

⁸⁹ Nel silenzio della Costituzione, la Corte costituzionale ha ammesso che ciascuna regione possa autonomamente stabilire di far precedere l'avvio del procedimento di cui all'articolo 116, terzo comma, dallo svolgimento di un *referendum* consultivo, per acquisire l'orientamento dei cittadini. Nella sentenza n. 118/2015 (sulle leggi della Regione Veneto n. 15 e 16 del 2014), ha osservato che la consultazione popolare regionale lascia inalterato il procedimento di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione, nel caso in cui venga effettivamente attivato: infatti, il referendum consultivo previsto dalle disposizioni regionali impugnate si colloca in una fase anteriore ed esterna rispetto al procedimento prestabilito all'art. 116 Cost. Si è, quindi, concluso che *“lo stesso atto regionale di iniziativa di cui al citato art. 116, comma terzo, Cost., come la procedura per la sua adozione da parte degli organi regionali competenti, rimane giuridicamente autonomo e distinto dal referendum, pur potendo essere politicamente condizionato dal suo esito. Né d'altra parte la consultazione popolare, qualora avvenisse, consentirebbe di derogare ad alcuno degli adempimenti costituzionalmente necessari, ivi compresa la consultazione degli enti locali”*.

*“radicata e ricorrente incapacità a pensare l'unità dell'ordinamento costituzionale in termini diversi dalla prevalenza e supremazia dello Stato persona”*⁹⁰.

⁹⁰ Come dimostrato da M. BERTOLISSI, *Autonomia. Ragioni e prospettive di una riforma necessaria*, Venezia, 2019, 35.

ENFORCING A RIGHT TO HEALTHY ENVIRONMENT IN THE ECHR SYSTEM: THE "CORDELLA V. ITALY" CASE

Francesco Carelli

Abstract

Starting from the 90s, European Court of Human Rights has developed an environmental dimension of health protection sustained by the extensive application of art.2 (right to life) and art.8 (right to respect for private and family life). Cordella v.Italy [Joined cases 54414/13 and 54264/15] is a significant decision in the ECHR case-law as it has recognised a right to healthy environment not only remarking the substantial right but, as well, on a procedural point of view by stating the violation of both art.8 and art.13 of the ECHR. Firstly, this paper will investigate the development of environmental rights in the international context and how these have developed in the ECHR system and, therefore, it will evaluate the decision of Cordella v. Italy analysing the context, the previous judgements, the reasoning of the Court and the consequences of this decision.

INDEX: **I.** Introduction; **II.** Environmental substantial rights in Europe: "Greening The Echr"; **III.** Environmental procedural rights: Aarhus convention and echr; **IV.** Recent developments in echr's case-law: CORDELLA V. ITALY; - **1.** Facts - **2.** Previous judgements on ILVA steel plant - **3.** The reasoning of the Court - **4.** Consequences; **V.** Conclusion; **VI.** Bibliography.

I. INTRODUCTION

Interpreting the European Convention of Human Rights as a living instrument, the European Court of Human Rights has progressively developed an environmental dimension in it, although this does not provide for it expressly. Through an extensive interpretation of art.2 (right to life) but especially of art.8 (right to respect for private and family life), the Court recognised that «severe environmental pollution may affect individuals well-being and prevent them from enjoying their homes in such way as to affect their private and family life adversely»⁹¹. The ruling of *Cordella v. Italy*⁹², issued on the 24th January 2019, represents the most recent contribution to a complicated patchwork of decisions. In this case, which stemmed from the alleged impressive environmental impact of the ILVA steel factory in Taranto, the Court unanimously stated that Italy violated art.8 and art.13 ECHR. Because of the persistence of a situation of environmental pollution endangering the

⁹¹ ECtHR, *Guerra and others v. Italy*, [14967/89], 1998

⁹² ECtHR, *Cordella and Others v. Italy*, [Joined 54414/13 and 54264/15], 2019

applicants' health, Court held that national authorities have failed to take all the necessary measures to provide effective protection of their right to private life. The Court also found that applicants did not have available a national effective remedy to complain that no measures were implemented to secure decontamination in the relevant areas.

II. ENVIRONMENTAL SUBSTANTIAL RIGHTS IN EUROPE: "GREENING THE ECHR"

Since the Stockholm Declaration in 1972 a clean environment is perceived as necessary to the enjoyment of basic human rights⁹³ at international level and there is a trend towards a recognition of a human right to the environment in soft law, which can only provide non-binding guidance to states in their relations to one another and in their internal affairs⁹⁴.

⁹³ Stockholm Declaration (1972), Principle 1 «Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations. In this respect, policies promoting or perpetuating apartheid, racial segregation, discrimination, colonial and other forms of oppression and foreign domination stand condemned and must be eliminated».

⁹⁴ L.J. KOTZE', «In search of a right to a healthy environment in international law: Jus Cogens Norms» in J.KNOX, R.PEJAN (ed.), *The human right to live in a healthy environment*, CUP,

For decades, there has been a lively debate among scholars about whether explicit legal recognition of the right to a healthy environment would provide tangible benefits. «There are two pathways through which international recognition of this right can lead to improved environmental outcomes and a decline in adverse effects on human and ecosystem health. Firstly, through the direct application of this human right in cases before international courts and tribunals. Secondly, through the indirect influence of international human rights law on national constitution, environmental and human rights law»⁹⁵.

Despite the evolutionary character, human rights treaties (with the exception of the African convention⁹⁶) still do not guarantee a right to a decent or satisfactory environment unrelated to the impact on the rights of specific humans. Instead, it is prevailing a human right perspective that enables the effects of environmental impacts on the life, health, private life, and property of individual humans rather than on other states or the environment in general. This approach «may secure higher standards of environmental quality, based on the obligation of states to take measures to control pollution affecting health and private life and it may help to promote the

2018

⁹⁵ D. BOYD «Catalyst for change: evaluating 40 years of experience in implementing the right to a healthy environment» in J.KNOX, R.PEJAN (ed.), *The human right to live in a healthy environment*, CUP, 2018

⁹⁶ African Convention on Human Rights, Article 24 «All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favourable to their development»

rule of law as governments become directly accountable for their failure to regulate and control environmental nuisances and for facilitating access to justice and enforcing environmental laws»⁹⁷. Lastly, the broadening of economic and social rights to embrace elements of the public interest in environmental protection may bring an advantage in the development of a level playing field in competing social and economic rights⁹⁸.

“Greening” of human rights has been also the path chosen by the ECtHR that has consistently refused to recognise any right to a healthy environment as such. In *Kyrtatos v. Greece*⁹⁹, the ECtHR addressed this issue refusing to extend the scope of art.8 ECHR to the protection of environment as such, in the absence of proof of interference with the applicant’s private or family life. Court held that the crucial element in order for art.8 to be applicable was the existence of a harmful effect on a person’s private sphere and not only the general deterioration of the environment.

The premise of this “greening” development rests on the Court’s plea that the Convention is to be interpreted as a living instrument in light of “present day conditions”. In *Fredin v. Sweden*, Court observed that «in today’s society the protection of

environment is an increasingly important consideration»¹⁰⁰. The Court linked environmental concerns with art.2 ECHR¹⁰¹ but mostly with art 8 ECHR.

The first important case where the Court found the violation of art.8 was *Lopez-Ostra v. Spain*.¹⁰² The court applied a balancing test between the economic interests of the community as a whole and the interests of the individual. There are negative as well as positive obligation for the state to protect the right of a private and family life. When it comes to environmental decision making, contracting states enjoy a wide degree of discretion. This margin is large as the court is keen stressing that its jurisdiction is that of an international court and it wants to avoid being a merit-based tribunal that reviews policy decisions.

One of the most relevant environmental case before the court is *Hatton*¹⁰³ because it was really situated in the heart of the environmental rights discussion. Court had to specify the “substantial part” of art.8 ECHR: it held that only when the pollution is directly caused by the state or the failure of the state to regulate the industry, Art.8 can be invoked, but only if there is sufficient objective individual interest.

«In the most recent jurisprudence, the trends of *Hatton* and earlier judgements

⁹⁷ A.BOYLE, «Human rights and the environment: where next» in 23 *European Journal of International Law* 3, 2012, 613

⁹⁸ D. BOYD, *op.cit*

⁹⁹ European Court of Human Rights, *Kyrtatos v. Greece*, [n. 41666/98], 2003

¹⁰⁰ O.PEDERSEN, «The European Court of Human Rights and International Environmental Law» in in J.KNOX, R.PEJAN (ed.), *The human right to live in a healthy environment*, CUP, 2018

¹⁰¹ ECtHR, *Oneryildiz v. Turkey*, [48939/99], 2004

¹⁰² ECtHR, *Lopez-Ostra v. Spain*, [16798/90], 1994

¹⁰³ ECtHR, *Hatton and Others v. United Kingdom*, [36022/97], 2003

have been specified but not changed»¹⁰⁴.

In *Taskin v. Turkey*¹⁰⁵, the Court repeated that the link between the nuisance and the privacy has to be very direct. Furthermore, the Court insists on stressing the wide margin of appreciation authorities have in the balancing of choices of policy, and even in evidence matters. The ECtHR rationale is that national authorities are in a better position to assess the whole situation, as repeated in *Giacomelli v. Italy*¹⁰⁶. The threshold of Court interference seems to be expected effectiveness of policy choices: this criterion in the balancing test has been introduced in the Russian case *Fadeyeva*¹⁰⁷. As a consequence of this, the positive obligation of the State under Art.8 can also include regulation of private industry or third-parties' polluting acts.¹⁰⁸

As will be discussed below, also in *Cordella v. Italy*, the most recent ECtHR case on this field, the environmental issue is not challenged under the ECHR as such, but because it endangers the right to respect of private life of citizens.

¹⁰⁴ K. HECTORS, «The Chartering of Environmental Protection: Exploring the Boundaries of Environmental Protection as Human Right», (2008), 17 *European Energy and Environmental Law Review* 3

¹⁰⁵ ECtHR, *Taskin v. Turkey*, [46117/99], 2006

¹⁰⁶ ECtHR, *Giacomelli v. Italy*, [59909/00], 2000

¹⁰⁷ ECtHR, *Fadeyeva v. Russia*, [55723/00], 2006

¹⁰⁸ K. HECTORS, *op.cit.*

Another feature of ECtHR environmental jurisprudence is the use of international law as an interpretative background. In *Taskin v. Turkey*, the Court made explicit reference to 1992 Rio Declaration and 1999 Aarhus Convention: this was remarkable because, on one hand, the former is not in itself a legally binding instrument and, on the other hand, Turkey is not party of the latter. The ECtHR has also made extensive reference to EU law, which for all intent and purposes is international law from the point of view of the Convention system. This is evident in *Tatar v. Romania*¹⁰⁹ where the Court referred to the precautionary principle and even more in *Di Sarno v. Italia*¹¹⁰ in which the Court relied on EU directives on waste management and CJEU case-law which had found Italy in violation of its obligations under EU law.

III. ENVIRONMENTAL PROCEDURAL RIGHTS: AARHUS CONVENTION AND ECHR

«Procedural environmental rights and obligations entail the observance of certain procedures by States before permitting the conduct of activities that may cause environmental harm»¹¹¹. They ensure that the interests of individuals or groups, in particular of those likely to be affected, are taken into account in

¹⁰⁹ ECtHR, *Tatar v. Romania*, [28341/95], 2000

¹¹⁰ ECtHR, *Di Sarno v. Italy*, [30765/08], 2012

¹¹¹ B.PETERS, «Unpacking the diversity of Procedural Environmental rights: the European Convention of Human Rights and the Aarhus Convention», (2018), 30 *Journal of Environmental Law* 1

national or international procedures of environmental decision-making. Their origin may be found in Art.10 of the Rio Declaration that recognises the right to information, to participation and to a judicial remedy, to and in environmental contexts and matters.

From it, draws inspiration the 1998 Aarhus Convention¹¹² that, together with the Espoo convention on EIA¹¹³, forms the set of key environmental conventions negotiated under the auspices of the UN Economic Commission for Europe¹¹⁴. Considered a regional treaty «of global significance potential to serve as a framework for strengthening citizens' environmental rights»¹¹⁵, it can be defined as a human rights treaty, firstly, because it builds upon the long-established human right of access to justice and on procedural elements that serve to protect the rights to life, health and private life. Furthermore, it confers rights directly on individuals and not simply on States, like in Art.15 that allow members of the public and NGOs to bring complaints before a non-compliance committee.

¹¹² UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, signed on 25 June 1998, entered into force on 30 October 2001.

¹¹³ UNECE Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, signed in 1991, entered into force in 1997.

¹¹⁴ UNECE is one of the five regional commissions of UN, it has 56 Member states ranging across Europe, Commonwealth of independent States and North America.

¹¹⁵ UNECE, The Aarhus Convention - an Implementation Guide, (2000)

Finally, essential elements of the convention have all been incorporated into ECHR law through the case law and, therefore, they are enforceable in national law and through the Strasbourg Court like any other human right¹¹⁶.

The Aarhus Convention confers rights falling into three broad pillars: access to information, public participation and access to justice:¹¹⁷

On access to information, Art.4 states that «each party shall ensure that public authorities, in response to a request for environmental information, make such information available to the public». The article specifies the features of this right, such as the time period for providing the information, the fee that may be charged for supplying the information, the grounds on which a request may be refused.

AC contains three types of public participation right: the right of public participation in decisions of “specific activities” which may have a significant effect on the environment in such way that public concerned shall be informed in an adequate, timely and effective manner. Then, the right of public participation during the preparation of plans and programmes relating to the environment. Finally, Art.8 provides the right of public participation during the preparation of regulations or legislation.

On access to justice, AC set out a range of requirements which must be satisfied by contracting Parties' legal system, in order to enable environmental public interest litigation in their jurisdiction. Everybody who considers that his request for

¹¹⁶ A.BOYLE, *op.cit.*

¹¹⁷ S.KINGSTON et al., *European environmental law*, CUP, 2017, p.168 ss.

environmental information has been not dealt with in accordance with the AC provisions must have the access to review the procedure before a court of law. Moreover, Parties have to ensure the right of review of decisions and acts within the scope of public participation on specific activities. Finally, art 9(3) provides the right to challenge acts and omissions made by private parties and public authorities which breach national environmental law.

ECtHR highlights «a unitary perspective on procedural environmental rights manifesting the overreaching influence and importance of the AC, as the Court continuously uses the latter as a reference point to interpret the ECHR in environmental cases»¹¹⁸. Not only it has considered procedural environmental rights in its case of law on the right to life, on the right to private life and the right to a fair trial but it has also considered these rights as part of the rights of access to information (art 10) and to an effective remedy (art 13).

One of the first cases in which the ECtHR considered the procedural environmental obligations was *Guerra v. Italy*¹¹⁹, in which the Court held that that art.8 requires environmental information to individuals allowing them to assess properly the health risks of environmental pollution. Afterwards, the Court defined the details of the procedural obligations inherent in Art.8: concerning the obligation to provide access to information in environmental matters, in *Hardy and*

*Maile v. UK*¹²⁰ the Court established that public authorities need to provide individuals with relevant and appropriate information, enabling the public to identify and evaluate risks. In *Taskin v. Turkey*, even though the State is not a party to the Aarhus Convention, ECtHR extended that rights in the EC Convention by stating that participation in the decision-making process by those likely to be affected by environmental nuisances will be essential for compliance with art.8 ECHR and art.6 of the AC and it emphasised, on the right to justice in environmental matters, that the individuals concerned must «be able to appeal the courts against any decision, act or omission where they consider that their interests have not been given sufficient weight in the decision-making process».

Even though art.8 includes these procedural rights, ECtHR has explained in various cases that those rights are only incurred *ratione personae* to individuals where a certain minimum level has been surpassed, *i.e.* those for whom environmental projects present a real risk of damage or a significant negative influence or impact on health or private life.

Despite referring to Aarhus Convention, «standards of procedural environmental rights guaranteed under the ECHR differ greatly. Firstly, the group of beneficiaries able to invoke procedural environmental rights under the AC is significantly larger than under the ECHR and this springs from the inclusion of the general public as rights holder and there is no need for the

¹¹⁸ B.PETERS, *op.cit.*

¹¹⁹ ECtHR, *Guerra and others v. Italy*, [14967/89], 1998

¹²⁰ ECtHR, *Hardy and Maile v. United Kingdom*, [31965/07], 2012

further violation of a primary human right»¹²¹.

The issue of the acknowledgement of procedural rights in the ECHR is present in *Cordella* as it is recognised the violation of Art.13 for the absence of an effective remedy. Moreover, the Court uses also the restrictive approach considering admissible only the applications made by those that have been recognised as victims.

IV. RECENT DEVELOPMENTS IN ECHR'S CASE-LAW: CORDELLA V. ITALY.

Facts

ILVA's Taranto plant, inaugurated in 1964, is the largest industrial steelworks complex in Europe. It covers an area of 1500 hectares and has about 11000 employees and it represents a huge amount of the gross domestic product of the Province of Taranto, an area that counts 500 thousand of inhabitants in Apulia. The impact of plant emissions on the environment and on the health of the local population has given rise to several alarming scientific report. In 1990, Italian Council of Ministers identified "high environmental risk" municipalities (including Taranto) and asked the Ministry of the Environment to draw up a decontamination plan for cleaning up the areas concerned. In 2002 ARPA (regional agency for environment) Report showed that there has been an increase of cancer diseases

in the "high environmental risk" area starting from the seventies and an increase of polluting substances in the air. 2012 SENTIERI Report presented by the Health Superior Institute by will of the Ministry of Health showed the existence of a causal link between the environmental exposition to polluting substances and the development of cancer and heart diseases in the area.

Previous judgements on ILVA steel plant

Constitutional Court judgements: in 2011, ILVA and Ministry of Environment found an agreement¹²² (AIA) in order to consent the continuation of the production provided that measures for reducing pollution according to best available techniques were put in place. From the end of 2012 onwards, the Government adopted a number of laws, among the so-called "Salva-Ilva" Legislative Decrees concerning the activity of the ILVA aiming at enhancing the production, defined of strategic national relevance, despite the company was facing economic problems, restructuring procedures and criminal procedures. An issue of constitutionality was raised, challenging the 207/2012 law decree¹²³, on the grounds of violation of the rights to health and to a safe environment under Art.32 of Italian

¹²² AIA is an authorisation needed by some companies in order to act in conformity with integrated pollution prevention and control principles (IPPC) established with the 96/61/CE Directive, now entailed in the 2010/75/EU Industrial Emission Directive.

¹²³ Law Decree 3rd December 2012, n. 207 «Urgent provisions for the protection of health, environment and employment, in the case of crisis of industrial factories of national strategic interest».

¹²¹

B.PETERS, *op.cit.*

Constitution. Constitutional Court held, in judgement 85/2013¹²⁴, that it was lawful to let ILVA continue the production provided that environmental measures provided by AIA are respected as there has been by the legislator a reasonable balancing test between the right to work and the right to health and safe environment both guaranteed under Italian Constitution. The issue of balancing between constitutional rights have been followed by a most recent case in which the Constitutional Court had to verify the constitutionality of another law decree¹²⁵. In judgement 58/2018¹²⁶, it declared the law decree unconstitutional because the public authorities had sustained excessively the continuation of the steel production (right to work) to the detriment of the protection of the right to health and safe environment. Finally, after the prime minister's decree that delayed the execution of the environmental plan for ILVA to 2023, local authorities complained to the Administrative Court this further postponement and, now, another issue of unconstitutionality is still pending to the Constitutional Court on grounds of violation of rights to health and safe environment.

Criminal Proceedings: several challenges have been brought against ILVA's management for serious environmental crimes and for failure to

prevent accidents in the workplace and some of these culminated in convictions. Among these, in judgement 38936/2005¹²⁷, the Court of Cassation found that the management of the ILVA factory in Taranto was responsible for air pollution, the dumping of hazardous materials and the emissions of particles.

Procedures before EU institutions: in judgement C-50/10¹²⁸, the CJEU held that Italy failed to fulfil its obligations under Directive 2008/1 concerning integrated pollution prevention and control. The Court highlighted the fact that Italy failed to adopt the necessary measures in order to allow public authority to verify if factories, such as ILVA, worked under the system of authorization provided by the Directive itself. Furthermore, in 2014, in an infringement procedure¹²⁹ against Italy the European Commission issued a reasoned opinion asking the Italian authorities to remedy the serious pollution problems observed in the steel plant in Taranto. It noted that Italy had failed to fulfil its obligations to guarantee that the steelworks complied with the Industrial Emissions Directive. At the same time, Commission observed that the level of pollution made by the factory was not reduced and that tests showed significant air, soil and water pollution that bring serious negative consequences to the environment and the health of local citizens.

¹²⁴ Constitutional Court, 9th May 2013, n.85

¹²⁵ Law Decree 4th July 2015, n.92 «Urgent provisions for waste management, AIA Authorisation and for the business of strategic interest companies»

¹²⁶ Constitutional Court, 7th February 2018, n.58

¹²⁷ Court of Cassation, 24th October 2005, n. 38936

¹²⁸ Court of Justice of the EU, Seventh Chamber, *European Commission v. Italy* [C 50/10]

¹²⁹ EUROPEAN COMMISSION, Infringement Procedure, IP/14/1151

ECHR judgements: in the case *Smaltini v. Italy*¹³⁰, the applicant was born and always lived in Taranto and was diagnosed with leukaemia. She first brought criminal proceedings against the management of ILVA, claiming that her illness was caused by the emissions of the plant. Nevertheless, the criminal judge discontinued the proceedings, arguing that no causal link had been established between the harmful emissions and the applicant's condition. Ms Smaltini then brought proceedings before the ECtHR, as, relying on art 2 of the Convention, she complained a violation of her right to life, assuming that the existence of a causal link between the plant emissions and the development of the leukaemia had been fully proved. Court immediately clarified that the applicant did not allege that national authorities had failed to take legislative or administrative measures to protect her right to life, but rather that they had not acknowledged the existence of a causal link between the polluting emissions and the disease. Therefore, only the procedural side of Art.2 was called into question, namely to assess «whether and to what extent the courts may be deemed to have submitted the case to the scrutiny of Art.2, so that the deterrent effect of the judicial system and its role in preventing violations of the right to life are not undermined». Court concluded that, «**based on scientific data available at the time of the events, and without prejudice to the findings of future scientific studies**(emphasis added), the applicant

¹³⁰ ECtHR, *Smaltini v. Italy* [43961/09], 2015

had not demonstrated that domestic authorities had failed in their obligation to protect the procedural aspect of the right to life, therefore, the application was rejected as being manifestly ill-founded»¹³¹.

In *Smaltini v. Italy*, the ECtHR confirms its interpretational results of case-law: firstly, the evidence provided by the applicant in order to demonstrate the existence of the strict link appears to have been gathered and submitted haphazardly and as a settled modus operandi the Court tends to rely on the findings emerged before the national Court.

Furthermore, there is the problem of scientific uncertainty due to the absence of an express recognition of the precautionary principle in the ECHR system¹³².

Nevertheless, «the Court emphasizes that the decision is without prejudice to future applications, in the event of new scientific developments, leaving an open door to the possibility of sanctioning ILVA's pollution»¹³³. This is what consequently happened in the *Cordella v. Italy*¹³⁴ case.

¹³¹ L.FERRARIS, «Smaltini v. Italy: a missed opportunity to sanction ILVA's Polluting Activity within the ECHR system», [2016], 3 *Journal for European and Environmental Planning Law* 1

¹³² Even though in *Tatar v. Romania* there is an endorsement of the precautionary approach as the criteria of the strict causal link can be inappropriate to deal with the needs of an industrialised society and therefore to adopt a more precautionary approach.

¹³³ L.FERRARIS, *op.cit.*

¹³⁴ ECtHR, *Cordella and Others v. Italy*, [Joined 54414/13 and 54264/15], 2019

The reasoning of the Court.

Relying on art.2 (right to life) and art.8 (right to private life), the 180 applicants complained that the State had not adopted legal and statutory measures to protect their health and the environment, and that it had failed to provide them with information concerning the pollution and the attendant risks for health. The Court decided to consider these complaints solely under art.8. Besides, relying on art.13 (right to an effective remedy), the applicants alleged that there had been a violation of their right to an effective remedy.

On preliminary grounds, the Court held that only applicants who lived in the municipalities classified at “high environmental risks” could be granted the victim status and, therefore, bring admissible proceedings. Furthermore, it highlights that this challenge is completely different from the previous *Smaltini* case as the issue here is whether and to what extent the State has not provided measures to protect people’s health and environment.

On the violation of art.8, at the outset, the Court makes reference to his case-law and to the recognition of a healthy environment as a condition to abide by the right to private life under the Convention and that States have a positive obligation of adopting measures to ensure this right to his citizens.

In the present case, the Court noted that, since 1970s, scientific studies had shown the polluting effects of the emissions from the ILVA factory in

Taranto on the environment and on public health.

Among data, the 2012 SENTIERI report confirmed the existence of a causal link between environmental exposure to polluting substances produced by the plant and the development of cancer and heart diseases in persons living in the affected areas. Court noted that in spite of the national authorities’ attempts to achieve decontamination of the region, few was concretely put in place. Measures recommended from 2012 onwards were never introduced and this failure had been at the origin of an infringement procedure before EU’s entities. The deadline for implementing the environmental plan approved in 2014 had been postponed to 2023. Meanwhile, the Government had intervened on numerous occasions to guarantee the production, despite the finding by the judicial authorities that there existed serious risks to health and to the environment, and to grant administrative and criminal immunity to the persons responsible for ensuring compliance with environmental requirements.

For these reasons, the Court considered that the persistence of a situation of environmental pollution endangered the health of the applicants and that of the entire population living in the area at risk, who remained without information as to progress in the clean-up operation for the territory concerned, particularly with regard to timeframe.

Besides, «national authorities had failed to take all the necessary measures to provide effective protection of the applicants right

to respect for their private life»¹³⁵. Thus, the fair balance between the applicants' interests in not being subjected to severe environmental pollution that could affect their well-being and their private life and, on the other hand, the interests of society as a whole had not been struck.¹³⁶ Hence, there had been a breach of art.8 ECHR.

On the violation of the right to an effective remedy, the ECtHR has, primarily, made reference to the general principle enshrined in this article to obtain a judicial national remedy to complain of a fact that is in detriment or threat to be in detriment of a right guaranteed under the Convention itself.

The Court held that, in this case, «the applicants had not had available an effective remedy enabling them to raise with national authorities their complaints concerning the impossibility to obtain measures to secure decontamination of the areas affected by toxic emissions from the ILVA factory»¹³⁷. There has been, therefore, a violation of art.13 ECHR.

Consequences.

As a result of these violations, some of the applicants asked for the application

¹³⁵ ECtHR, *Cordella v. Italy*, Press release

¹³⁶ On how the Italian Government has approached the balance between rights see A.LAI, R. STACCHEZZINI, S. PANFILO, «The government of corporate (un)sustainability: the case of ILVA steel plant in Taranto» in [2019], 23 *Journal of management and governance* 1, 67

¹³⁷ ECtHR, *id.*

of a pilot-judgement procedure to obtain the execution of the judgement. The pilot-judgment procedure was developed as a technique of identifying the structural problems underlying repetitive cases against countries and imposing an obligation on States to address those problems. In a pilot-judgment, the Court's task is not only to decide whether a violation of the European Convention on Human Rights occurred in the specific case but also to identify the systemic problem and to give the Government clear indications of the type of remedial measures needed to resolve it. In this case, the Court considered unnecessary to apply it and, instead, it reiterated that it was for the Committee of Ministers to indicate to the Italian Government the measures that, in practical terms, should be taken to ensure that the Court's judgement is enforced. However, it stressed that cleaning up the factory and the region affected by toxic emissions was essential and urgent. Thus, the environmental plan approved by the national authorities, which indicated the necessary measures and actions to provide environmental and health protection to the population, ought to be implemented as rapidly as possible.

V. CONCLUSION

Cordella v. Italy is a remarkable judgement for two reasons: firstly, because it follows an established trend of cases that are shaping and developing the environmental rights in Europe. In this case, on one hand, the Court confirms that the environmental issue must endanger the rights to life and to respect of private life to be challenged under the ECHR. At

the same time, it confirms the existence of a positive obligation of the State to safeguard the rights enshrined in the ECHR and, therefore, to put in place action to eliminate and reduce the effect of pollution. On the other hand, this case shows also that environmental procedural rights are also recognised under the ECHR but, in spite of under the Aarhus Convention, they are not guaranteed to the public but only to those affected directly by the environmental harm. Indeed, the Court declared inadmissible the applications made by those citizens that did not live in the “high environmental risk” municipalities and, hence, they did not have victim status.

This case is also fundamental because it highlights one of the biggest cases of non-compliance with EU environmental law and human rights in the EU. Following this decision, the Italian government has the obligation to address the consequences of ILVA activities and to prevent future damages. The Committee of Ministers of the Council of Europe will monitor that the Italian government urgently start the decontamination of the plant and neighbouring territories affected by environmental pollution.

In the continent that claim to be the defender of human rights across the world it should be unacceptable that half a million of Europeans still have to tolerate significant amount of pollution, environmental harm and health diseases to maintain and safeguard their jobs and the regional economy.

VI. BIBLIOGRAPHY

S.KINGSTON et al., *European Environmental Law*, CUP, 2017

O.PEDERSEN, «The European Court of Human Rights and International Environmental Law» in J.KNOX, R.PEJAN (eds.), *The Human Right to a Healthy Environment*, CUP, 2018

L.J.KOTZE', «In Search of a Right to a Healthy Environment in International Law: Jus Cogens Norms» in J.KNOX, R.PEJAN (eds.), *The Human Right to a Healthy Environment*, CUP, 2018

A. BOYLE, «Human Rights and International Environmental Law: Some Current Problems», [2018], Research paper of EUI.

A.BOYLE, «Human rights and the environment: where next», [2012], 23 *European Journal of International Law* 3, 613

E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della CEDU*, [2011], Napoli

K.HECTORS, «The Chartering of Environmental Protection: Exploring the Boundaries of Environmental Protection as Human Right», (2008), 17 *European Energy and Environmental Law Review* 3

B.PETERS, «Unpacking the diversity of Procedural Environmental rights: the European Convention of Human Rights and the Aarhus Convention», [2018], 30 *Journal of Environmental Law* 1

L.FERRARIS, «Smaltini v. Italy: a missed opportunity to sanction ILVA's Polluting Activity within the ECHR system», [2016], 3 *Journal for European and Environmental Planning Law* 1

T.GUARNIER, «Ancora dissonanze tra Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo: arretratezza v. concretezza nel sindacato sulle politiche pubbliche nel caso Ilva», [2019], 2 *Quaderni Costituzionali*, 473

C.MACCHI, E.GIULIANI, «Business and Human Rights in Europe: Insights from the ILVA case» in G.SUDER, M.RIVIERE, J.LINDEQUE (eds.), *The Routledge Companion to European Business*, 2018

A. LAI, R. STACCHEZZINI, S.PANFILO, «The government of corporate (un)sustainability: the case of ILVA steel plant in Taranto» in [2019], 23 *Journal of management and governance* 1, 67

FROM "CORPORATE DISLOYALTY" TO "UNFAIR COMPETITION"

Manlio d'Agostino Panebianco¹³⁸

Abstract

The loss of control and "abuse" of know-how, knowledge, corporate and business secrets, information and data acquired by an employee, collaborator and/or partner (in particular, in cases of outsourcing) during the relationship, expose the each entity/organization - domestic and international - to "Corporate Disloyalty" and "Unfair Competition", generating different dangerous financial, economical, patrimonial and reputational effects, both in short and long term. The article aims to highlight the main features, focusing on different legal frameworks and circumstances, in order to create a synoptic framework, useful to face a complex organizational aspect, suggesting some possible mitigation measures, both from legal and organizational perspective.

Index: 1. Introduction - 2. Legal Framework - 3. Some Risk Indexes - 4. Accountability, *culpa in eligendo* and *in vigilando* - 5. An integrated mitigation strategy - References.

¹³⁸ Lecturer of "Criminal Economy and Cybercrime" at SSML CIELS; Lecturer of "Economical Intelligence" at Master of Rome Tor Vergata University; Lecturer of "Data Processing" at the Business School of "Il Sole 24 Ore"; member of "B-ASC Bicocca Applied Statistics Center" Research Center of University of Milan Bicocca. With a special thank for the help in sources-research to Filippo Schesari and Andrea Brisotto.

1. Introduction.

Any kind of entity (organization, association or community) is constituted by employees, partners, collaborators, etc., who deliver a professional service against of a remuneration, "Human Capital" is the most important corporate asset (Dimartino A., Fischetti G., 2018)¹³⁹: on the other hand, places the utmost trust in its employees, establishing relationships based on mutual loyalty. This relationship takes on both a relational and a legal aspect, which is expressed and declined in different phases (*ex ante*, *in itinere* and *ex post*), with different risk exposures.

In our modern society and the economy, there is a close and direct relationship between the "natural person" (in the role of employee, collaborator, partner, etc.) and corporate information/data, especially when the latter assumes the quality of "strategical" and "relevance".

The article aims to highlight the main features, focusing on different legal frameworks and circumstances, in order to create a synoptic framework, useful to face a complex organizational aspect, that generates different dangerous effects in relation to the different phase of the relationship. This can be possible, thanks to the raising awareness on this topic, also identifying some indicators that can help in identifying the main risk circumstances.

The starting and focal point is the evolution of the risk to which an entity is exposed, in terms of loss of control and "abuse" of know-how, knowledge, corporate and business secrets, information and data acquired by an employee, collaborator and/or partner (in particular, in cases of outsourcing), during the relationship.

So, in all organizations - domestic and international - non-quantifiable

¹³⁹ Dimartino A., Fischetti G., *Il Dirompente valore del capitale Umato*, Secop Edizioni, 2018

factors come into play: these includes all organizational risks (including *corporate disloyalty*), and so formal procedures and controls nearly always carry a risk a subversion by the “human factor” (O'Regan, 2014)¹⁴⁰.

As a matter of facts, the during the “job-relationship”, whenever an employee, collaborator and/or partner has access to “confidential” data, an entity has to deal with “*corporate disloyalty*” (in itinere), while this legal risk would change (*ex post*) into “*unfair competition*” just in the time the relationship (between the entity and former's employee, collaborator and/or partner) ends, since all information and knowledge acquired by the these and due to the loss of the Entity's control become a weak point, exposing to significant and relevant loss, both financial, economical and reputational.

As a matter of facts - present and former - employees, collaborators and partners could use some practices, processes and confidential information, to benefit a competitor: the only difference lays on the possibility and capability of the entity to mitigate and manage these kind of risk exposures.

As a result, the Human Capital (and the loyal relationship) is both the most important strength for an Entity, and eventually the most important threat: harmful behaviours had been always a risk for every kind of organization. Over the last years, due to technological innovations, this kind this risk exposure is increased (Hodge N., 2016)¹⁴¹: one of the main reason is that “Knowledge” and “Datan and Information” not only are the main drivers, but even since they are intangible assets with one of the higher added value.

This risky circumstance concerns

¹⁴⁰ O'Regan, *International Auditing: Practical Resource Guide*, John Wiley & Sons, 2004

¹⁴¹ Hodge N., “*The dangers within: employee disloyalty*”, IBA, 2016

particularly “knowledge workers”, i.e. those tasks and jobs characterized by temporary and precariousness, for which cases have been detected of people who deliberately accumulate information and knowledge (even of a confidential nature) with the desire to use them later, in the subsequent use: it is a sort of strategy that tends to transform the “trap of temporariness” into a “competitive advantage” (Armano E., 2012)¹⁴².

In order to prevent and avoid these situations, the entity is called to take preventive measures, already before and since the establishment of job-relationship.

2. Legal Framework.

In order to frame the legal context, the analysis start from the European and Italian situation, although it can be generally considered as a reference point to be extended for other Countries (*infra* quoted).

Firstly, quoting the article 2104 of Italian Civil Code (concerning “Diligence of the employee”), the employee shall work with diligence required by the nature of his or her service, by the interest of the company and by the overriding personal interest; also he must also observe the provisions for the execution and for the discipline of work given by the entrepreneur and by the collaborators of this which depend hierarchically.

Then, for the following article 2105 (concerning “*Loyalty obligation*”) «*the employee must not handle business, on his own behalf and/or on behalf of third parties, in competition with the entrepreneur, nor disclose information pertaining to the organization and production methods of the company, or make use of it in order to be able to bring to it injury*».

This last provision brings to three different aspects: the first one is the

¹⁴² Armano E., “*Narrativity as a power of self-representation of invisible conditions: knowledge workers*”, in *M@gm@*, 2012

prohibition of competition, extended even out of the working hour; the duty of secrecy which covers all the information the employee becomes acknowledged because of the execution of his/her job, allowing him/her to use only in the workplace; finally, the prohibition of bringing out of the company the know-how.

Obviously since knowledge is intangible, and it derives from a process of stratification deriving from a previous¹⁴³ educational process, study, but which it is also fed by the development of expertise about the accomplishment of some tasks associated with a specific production process (Albino V. et al., 2001)¹⁴⁴, it is very important to correctly define the perimeter between the abuse of corporate information and individual knowledge. Therefore, the breach of law may take place with reference to specific production methods, for instance “*innovative process*”: besides the definitions, doctrine and jurisprudence clarified and somehow expanded the obligations the employee shall observe.

Corporate Loyalty is a fundamental prerequisite, such that when it lacks, it is permitted to interrupt the working relationship¹⁴⁵.

In addition, it is appropriate to report that Article 622 of the Italian Criminal Code punishes the disclosure of a “*professional secret*” by a person that comes across it, especially if committed by a general manager, an administrator or an auditor (increasing the punishment).

In order to complete the previous analysis, it is appropriate to add that -

¹⁴³ prior to the job-relationship

¹⁴⁴ Albino V., Garavelli A.C., Schiuma G., *A metric for measuring knowledge codification in organisation learning*, in *Technovation*, 2001

¹⁴⁵ Italian Supreme Court, Civ., Labour Section, April 11th 2019, judgment n. 10239

in the Italian context - in the public fields, a worker must act even according to the principles of *integrity, correctness, good faith, proportionality, objectivity, transparency*¹⁴⁶, and a *disloyal behaviour* (regarding and concerning the disclosure of information and/or the use of *office secrets*) could - also and even - configure the conduct listed in article 326 of the Italian Criminal Code.

More over, since a “*personal data*” is comparable to a “*strategical asset*” that has its own intrinsic value and, it is undeniable as in the new digital dimension, how data has become one of the main source of value creation (d'Agostino Panebianco M., 2019)¹⁴⁷: the correct data processing becomes essential to avoid those “*data breaches*”, which can be declined not only in an accident, but in real disloyal behaviour.

As a matter of facts, a Data Breach can defined as «*the intentional or inadvertent exposure of confidential information to unauthorized parties*» (Cheng L. et al., 2017)¹⁴⁸, and it can be due by endogenous or exogenous causes, as well as intentional (in bad faith) or unintended (in good faith, mistake or negligence).

In addition to ICT technical aspects, it is important to highlight that “*personal data breach*” events concern directly legal aspects related to an high risk exposure to the rights and freedoms of the natural persons. As a matter of facts, the General Data Protection Regulation¹⁴⁹ (even so called GDPR) gives a specific definition (at article 4, point 12) of this event, focusing the perimeter to any «*breach of security*

¹⁴⁶ See articles 6 to 12 of the Code of Conduct for Public Employees, pursuant to Presidential Decree 62/2013

¹⁴⁷ d'Agostino Panebianco M., “*Vivere nella Dimensione Digitale*”, Themis Ed., 2019

¹⁴⁸ Cheng L., Liu F., Yao D., *Enterprise data breach: causes, challenges, prevention, and future directions*, in *Wire Data Mining and Knowledge Discovery*, 2017

¹⁴⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC

leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed», which compromise the 3 main principles of personal data treatment (confidentiality, integrity and availability), and as a result of which, the “Data Controller” is not able to guarantee compliance with the present legal framework, and according to Article 32 (Security of processing), Article 33 (Notification of a personal data breach to the supervisory authority) and Article 34 (Communication of a personal data breach to the data subject) a “Data Controller” must promptly take action to manage the emergency situation, declining the principle of accountability (article 24), in favor of the weaker party (data subject).

These violations, in fact, can expose the interested parties to various risks - from identity theft to material damage, with consequent financial losses, of confidentiality of personal data protected by professional secrecy - and with serious prejudice on the reputation and on the private sphere.

As a matter of facts, these can cause a there is a “*cause and effect connection*”, which leads to direct responsibility, assumed firstly by whoever carries out a treatment: the Data Controller, and therefore in a pyramid scheme, the Manager, sub-manager and authorized parties (d'Agostino Panebianco M., 2019)¹⁵⁰; moreover, these responsibilities do not begin exclusively when the violation is committed and verified¹⁵¹, but arise

¹⁵⁰ d'Agostino Panebianco M., “*Vivere nella Dimensione Digitale*”, Themis Ed., 2019

¹⁵¹ European Union - Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, Publications Office of the European Union, Manual on European Data Protection Law, Luxembourg, 2018

already when data processing is planned (Cippitani R., 2019)¹⁵² (recalling the *culpa in eligendo principle*, i.e. related to the choices made) and continuing during the entire data-treatment (due to *culpa in vigilando principle*, i.e. of monitoring that all risk management and mitigation measures are put in place).

The European Legislator emphasized the need for a broader coordination in the “Data-Breach emergency management” amongst interested parties (National Data Protection Authority, Data Controller, Data-Subject, etc.), introducing - *in primis* - a “*notification obligation*”¹⁵³ and - in the most serious and dangerous cases - the one of direct “*communication to the interested parties*”¹⁵⁴.

The reasons of the quoted obligations can be explained by linking it to:

- both to the promotion and the increase of the culture of *personal data protection* and *Digital Awareness*, and the implementation of a better security data risks assessment, in order to adopt adequate measures to mitigate and manage harmful events;

- the sharing of risk management methods which allows - each for one own skills and scope - the adoption of those strategies and additional security measures, aimed to limit the effects and negative consequences¹⁵⁵;

- the disclosure on accidents (mainly

¹⁵² Cippitani R., *Purposes of scientific research and exceptions to the discipline of personal data protection*, in *Cyberspace and Law*, vol. 20, n. 62, 2019

¹⁵³ Regulation (EU) 2016/679, art.33 "Notification of a violation of personal data to the supervisory authority"

¹⁵⁴ Regulation (EU) 2016/679, art.34 "Communication of a violation of personal data to the interested party"

¹⁵⁵ See also Council of Europe Convention on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention No. 108), modernized as amended by CETS Protocol No. 223, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 18 April 2018

to data-subjects) is not only an essential element of crisis management obligation but, primarily, it can reduce and contain damages, since providing specific and accurate information to data-subjects (as highlighted by the Italian Data Protection Authority¹⁵⁶), allow them to adopt on their own individual and additional security measures (Karyda M., Mitrou L., 2016)¹⁵⁷.

A last consideration regarding the regulatory framework of reference concerns Intellectual Property Law (IP), since the implementation of an “innovation” (both related to a product, a service and/or a process) that leads to the registration of a trademark and/or a patent is characterized by the “transformation” of an idea and/or a discovery, into a strategic corporate high added value asset, mainly based on reserved information.

«The term “intellectual property” refers to a loose cluster of legal doctrines that regulate the uses of different sorts of ideas and insignia. The law of copyright protects various “original forms of expression,” including novels, movies, musical compositions, and computer software programs. Patent law protects inventions and some kinds of discoveries. Trademark law protects words and symbols that identify for consumers the goods and services manufactured or supplied by particular persons or firms. Trade-secret law protects commercially valuable information (soft-drink formulas, confidential marketing strategies, etc.) that companies attempt to conceal from their competitors. The “right of publicity” protects celebrities’ interests

¹⁵⁶ See Italian Data Protection Authority Newsletter of May 30th, 2019

¹⁵⁷ Karyda M., Mitrou L., *Data Breach Notification: Issues and Challenges for Security Management*, in *MCIS Proceedings*, 2016

in their images and identities» (Fisher W., 2001)¹⁵⁸.

The strategic importance of this argument is such that - for some years - the European Legislator has been regulating it through the adoption of some specific legislative measures: the most recent is the the Directive (EU) 2019/790¹⁵⁹ *on copyright and related rights in the Digital Single Market*, that follows the Regulation (EU) 2015/2424¹⁶⁰ *on the harmonization in the Internal Market of Trade Marks and Designs*, and the Directive (EU) 2015/2436¹⁶¹ *to approximate the laws of the Member States relating to trade marks*¹⁶².

For instance, in Italy, the reveal of the content about secret documents - that implies a damage to the “legitimate owner” - configures the behaviour described in the provision of article 621 (violation of industrial secret) of the Italian Criminal Code, considering as guilty as the quoted, all those third party who buys or has a financial advantage from that documents.

Moreover, article 623 of the Italian Criminal Code punishes whoever reveals

¹⁵⁸ Fischer W., *Theories of Intellectual Property*, Cambridge, 2001

¹⁵⁹ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC

¹⁶⁰ Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)

¹⁶¹ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks

¹⁶² In Italy, both the Regulation (EU) 2015/2424 and the Directive (EU) 2015/2436 were implemented with Legislative Decree of 20 February 2019, n.15 (published in Italian Official Journal of March 8, 2019, No. 57), introducing - in particular - important changes to the art. 21 of the Italian Industrial Property Code (Legislative Decree f10 February 2005, n. 30).

any information about a discover, an industrial application or an invention that is meant to be secret with the scope of gaining a profit for himself/herself or for others.

«*The law of unfair competition is primarily comprised of torts that cause economic injury to a business through a deceptive or wrongful business practice. Unfair competition can be broken down into two broad categories: unfair competition (sometimes used to refer only to those torts that are meant to confuse consumers as to the source of the product, also known as deceptive trade practices) and unfair trade practices (comprises all other forms of unfair competition)*»¹⁶³.

So *Unfair Competition* can be put in place in different ways: firstly, having the specific knowledge and access to sensitive data (included the clients of the former entity/employer or those related to trade secrets), the former employee/partner can bring with him or her them to his/her own-run new business or to a competitor's company.

The Italian Civil Code states that the judge has the power to set any measure to inhibit the behaviour or the continuation of it and to erase the negative effects produced in the meanwhile. From a practical point of view, those measures are: the order of stopping the activity and the prohibition to start again a certain profession.

On the other hand, in Common Law, a fundamental rule is the duty not to engage in any *disloyal act* against the employer: this duty does not necessarily rely on a written contract. The employee shall act honestly, in a loyal manner and must comply to all his or her duties to the sole benefits of the

¹⁶³ Unfair Competition, Legal Information Institute, www.law.cornell.edu

employer. There are several elements to be taken into consideration when evaluating the breach of the duty of loyalty (Cavico F.J., et al., 2018)¹⁶⁴. For sure, directly competing against the employer while working for him or her clearly violate the duty of loyalty. For example, in case of law *Pure Power Boot Camp, inc., et al. vs. Warrior Fitness Boot Camp, llc, et al.*, the Court stated:

«*Although an employee may, of course, make preparations to compete with his employer while still working for the employer, he or she may not do so at the employer's expense, and may not use the employer's resources, time, facilities, or confidential information; specifically, whether or not the employee has signed an agreement not-to-compete, the employee, while still employed by the employer, may not solicit clients of his employer, may not copy his employer's business records for his own use, may not charge expenses to his employer, which were incurred while acting on behalf of his own interest, and may not actively divert the employer's business for his own personal benefit or the benefit of others*»¹⁶⁵.

In addition to what already quoted, in Common Law, has been elaborated as component of the duty of loyalty “*the Corporate Opportunity Doctrine*” that affects the ability of starting a new autonomous business by a “*corporate fiduciary*”: the most relevant feature of this regards “*conflict of interests*”, since the interests of the two (or more) parties are not simply misaligned, but in deep contradiction (Talley E., Hashmall M.)¹⁶⁶. Whenever a new business opportunity may appear, the employee/partner shall offer it firstly to the corporation he/she is

¹⁶⁴ Cavico F.J., Mujtaba B. G., Muffler S., *The duty of loyalty in the employment relationship: legal analysis and recommendations for employers and workers*, in *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 2018

¹⁶⁵ United States District Court, S.D. New York, *Pure Power Boot Camp, Inc., et al. v. Warrior Fitness Boot Camp, LLC, et al.*, 813 F. Supp. 2d at 521, 2011

¹⁶⁶ Talley E., Hashmall M., *The Corporate Opportunity Doctrine*, in *U.S.C. Institute for Corporate Counsel*, 2001

addressing his/her professional service/competences, and only in case the Entity is not interested in it, the employee/partner can run that business on his/her own, and/or propose that opportunity to a different subject, even a competitor.

In United States legal system, the Courts elaborated a so called “*Doctrine of Inevitable Disclosure*” pointing out certain business information which the former employee can not disclose or use in his/her new job because they fall into the category of “*trade secret*”. Those information must meet some specific requirements, like: the claimant must have legitimate access to such information; the former employee will unavoidably use those information during the performance of his or her new employment; the disclosure of the information will cause an irreversible damage to the company.

It is therefore possible to summarize that the “*Doctrine of Inevitable Disclosure*” acts as a *non-disclosure agreement*, apart from the circumstance that is drafted and performed by a judge. The court is not absolutely free to determine the content of such clause, but it must take into consideration certain elements such as: the degree of similarity between the new and previous employee's employment, the degree of trade secret's exposure toward the examined employee, the level of competition between the two arguing companies, the possible advantage the company gained from the knowledge of such a secret, the measures the former employer took in order to protect the secret (Harris J.O., 2000)¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Harris J. O., *The Doctrine of Inevitable Disclosure: A Proposal to Balance Employer and Employee Interests*, in *Washington University Law Review*, 2000

3. Some Risk Indexes.

The lack of “security awareness” in various industries, according to a survey conducted by Ponemon Institute and Symantec (2013)¹⁶⁸, concerns the 41% of employees admit to send sensitive data from their professional email to their personal one. Moreover, the 37% declared they use file-sharing apps (such as Dropbox or Google Docs) without permission from the employer. In addition, those data are hardly ever cleaned up after the use, exposing in such fashion the data to a further risk. When employees change job, data follow them. To be honest, most of the times, employees are not in bad-faith, but simply negligent: however, the 40% of them admits to use those information in their new job; and most of them do not know that this attitude exposes the company and themselves to an additional risk.

Another kind of “*leak of knowledge and data*” is due to business organization models, choices and strategies, especially focusing on the relevant percentage of partnerships (and/or self-employed collaborators), outsourcing and employee turnover (i.e. separations and new hirings).

As a matter of fact, external collaborators are needed since their experience is wider (since it comes from different realities and situations) and - normally - the cost is proportional to the aims; but, on the other hand, since it is time limited and they access to some relevant and confidential information and data about their clients, they can expose to a higher risk of “corporate disloyalty” and “unfair competition”.

A sensitive field regards Research and Development (R&D) investments, which have as goal and result (according

¹⁶⁸ *What's Yours is Mine: How Employees are Putting Your Intellectual Property at Risk*, Ponemon Institute, Symantec, 2013

to European Commission's survey¹⁶⁹) the discover of new applications (compared to the present knowledge), an increase of expertise and of efficiency and effectiveness, in particular in referring to production process and new products. At the meantime, R&D investments expose to greater risks in terms of disloyalty because their output could be brought out of the business. So, the R&D growth rate can help to identify the most exposed sectors, such as: Aerospace & Defence; Automobiles & other transport; Chemicals; HealthCare industries; ICT producers and services. In addition to the quoted, there is another sector seriously exposed to these risks: Banking financial services, insurances and pension funds. As a matter of facts, since the 2008 financial crisis, the financial system - all over the world - began a process of transformation mainly due to two main reasons: the need of costs-cut and the IT revolution. These changes led to a significant decrease and reorganization in the workforce (with a logical consequence of a reduction of the number of workers and branches) in order to maintain the level of profits.

4. Accountability, *culpa in eligendo* and *in vigilando*.

Any kind of violations (such as Data-Breach) or disloyal behaviour (even concerning unfair competition, in case of former employees or partners) is one of the most important risk exposure that each entity daily has to face and deal with, in particular those who work in an highly competitive sector such as "innovation", "high-tech" field and "high knowledge" companies (such as digital, pharmaceutical, healthcare, aerospace, etc.).

¹⁶⁹ "The EU Industrial R&D Investment Scoreboard", European Commission, 2018

While the responsibilities recalled by the GDPR concerns "personal data" in favour to guarantees and rights of data-subjects, generally confidential data-management refers to a wider responsibility of all the stakeholders of the entity, since deriving loss may be huge. So there is a direct relationship between the organization responsibilities (and its effects) and the risks to which each one is exposed, in managing and processing information and data (not only personal ones).

Once again, it is appropriate to make a parallelism between the approach indicated by the GDPR and the more traditional legal principles.

While the European Regulation impose to adopt a model based on the "*principle of accountability*"¹⁷⁰ that cannot be interpreted as an only *ex ante* and/or static "*responsibility*" but, on the contrary, it is a dynamic and ongoing "*responsibility*", which primarily invests the Data Controller with a "*ripple effect*" on all other persons - both natural and/or other entities - involved in the treatment process, by adopting¹⁷¹ appropriate behaviours, measures and methods to protect the rights of the individual concerned, reducing its risk exposure (d'Agostino Panebianco M., 2019).

«It is fundamental therefore to evaluate the consequences of such an unsuitable behaviour, but apparently without risks, can entail for the authorized parties that operate on personal information (but this, in truth, also applies to confidential non-personal data) and follow the instructions given by the employer, not accessing or trying in

¹⁷⁰ Regulation (EU) 2016/679, Article 5 "Principles relating to processing of personal data"

¹⁷¹ a Data-Controller is responsible for, and be able to demonstrate compliance with the principles of lawfulness, fairness and transparency, purpose limitation, data minimisation, accuracy, storage limitation, integrity and confidentiality

any way to access information for which one is not authorized, otherwise one might find oneself involved in unfortunate situations» (Spedicato A., 2019)¹⁷².

As declining the principle of Accountability in *personal-data-treatment*, generally referring to confidential and/or sensitive data/information management - in the perspective of reduce the exposure to the risks of *Corporate Disloyalty* and *Unfair Competition* - any entity - at any stage, and for any deriving and arising actions (Karyda M., Mitrou L., 2016)¹⁷³ - is called to consider both the responsibilities related to each choice (correlated to the legal principle of *culpa in eligendo*), and to the constant attention to the effectiveness and efficiency of the risk mitigation measures planned, implemented and applied (correlated to the principle of *culpa in vigilando*).

5. An integrated mitigation strategy.

As already highlighted, *Corporate-Disloyalty* and *Unfair-Competition* can be considered both individually, and/or the timely and logical evolution of the first one into the second one.

So the mitigation strategy should begin at the early stage of hiring or contracting and continuing during the job relationship, as one complex and integrated one.

An interesting well known methodology in Human Resources field of "*skills and competences assessment*", that in this context should be

¹⁷² Spedicato A., *Italian Supreme Court: Whoever instigates the colleague to send confidential information to himself illegally accesses the computer system*, in www.consulenza.it, 2019

¹⁷³ Karyda M., Mitrou L., *Data Breach Notification: Issues and Challenges for Security Management*, in *MCIS Proceedings*, 2016

considered as a best practice, with a different aim.

As a matter of facts, a proper *risk strategy* (focused on these objects) should consider - *ex ante* - a qualitative and quantitative evaluation¹⁷⁴ of the skills and the knowledge of the candidate/new employee, gained by his/her previous experience and/or education.

During the job-relationship (*in itinere*), both to monitor the risk exposure (quantitative) but also to get to know the value of "*company intangible heritage*", the entity should assess the "increase" of knowledge of individual employee or partner.

These first two activities allow, both to monitor the coherence of knowledge to the role; and, in case of perception and/or certainty of disloyal behaviours (*corporate disloyalty*), to promptly adopt correctional actions. Moreover, in all the cases of ending a job-relationship (planned or sudden), the entity is able to know what kind and quantity of information, data and knowledge a former employee/partner could bring outside and eventually (ab)use (*unfair competition*).

Considering that a *legal contract* should be considered as one of the measures to manage or mitigate risk, it is important to highlight that each article/point/clause of it, should derive directly by the results of previous risk assessment, both forecasting - priorly - the possible negative scenario and the "agreed" methodology to face it.

So, in addition, it is appropriate to include in the job contract (so, from the very early stage of the relationship) a "*non-disclosure clause*"¹⁷⁵, which restricts (during and after the job relationship) the use of data and information, by prohibiting a contracting party from

¹⁷⁴ For instance, through structured materials such as tests or self-analysis sheets

¹⁷⁵ This solution can be adopted even by implementing a stand-alone Non-Disclosure Agreement

divulging them (Beyer G.W., 2001)¹⁷⁶. The intent is to restrict the use and disclosure of confidential information and data by the other party, that requires definition of what information is confidential, and how the other party will (and will not) be allowed to use them. *Non-disclosure clauses* or *agreements* are an aspect of contract law, in which is important to be explicit and to use specific and proper language (Grossman M., 2004)¹⁷⁷.

A similar agreement can be implemented and signed by the interested parties, only concerning the *ex post phase*, (i.e. beginning by the end of the job-relationship) when a former employee/partner is free to work for anybody, even with competitors.

In order to avoid those circumstances of *interest conflicts* or *unfair-competition*, it is appropriate to regulate (into a contract or a "*non-competition agreement*") the immediate period after the ending of the previous job-relationship, which it should meet two fundamental requirements: firstly, the restriction on competition must be reasonable, this means that such measure must be necessary to protect a legitimate interest of the employer. On the other hand, this Agreement must be supported by adequate consideration.

The needed features of this contract to limit the activity of the former employee/partners are: set limit of time; indicate the specific object of the restriction; the geographical limit of the agreement; the remuneration. In terms of duration, the law set a limit that varies depending on the job position the former employee had in the

company. Usually, in the international context, for managers the agreement can not exceed 5 years, for all the others the limit is 3 years, and the activities that can be listed in the agreement, normally concern all the tasks typical of the specific field or industry, even considering all other possible forms (consultancy, board member, etc.).

Amongst all the possible mitigation measures (implementation of Security Policy, workforce education, Internal Auditing controls, Digital and Security Awareness programmes, limitation of the use of personal device on company's net, and/or use of personal email on the company computer, and/or the use of company's device for personal use, combination of strong-authentication with log-monitoring, etc.) it is worth to quote those tools which allow the *traceability of access to the data*. A latter patented solution (called BioDIS¹⁷⁸) can mark with a "biometric stamp" any kind of digital information, ensuring the traceability of documents, with a double effect: discouraging unfair actions, and laying the foundations for the creation of a possible evidence to be brought to trial.

References.

Albino V., Garavelli A.C., Schiuma G., *A metric for measuring knowledge codification in organisation learning*, in *Technovation*, 2001

Armano E., "*Narrativity as a power of self-representation of invisible conditions: knowledge workers*", in *M@gm@*, 2012

Bada M., Sasse A.M., Nurse J.R.C., *Cyber Security Awareness Campaigns: Why do they fail to change behaviour?*, International Conference on Cyber Security for Sustainable Society, 2015

Beyer G.W., "*Modern Dictionary for the Legal Profession*", William S. Hein & Co., Buffalo, 2001

Cavico F.J., Mujtaba B. G., Muffler S., *The duty of loyalty in the employment relationship: legal*

¹⁷⁶ Beyer G.W., "*Modern Dictionary for the Legal Profession*", William S. Hein & Co., Buffalo, 2001

¹⁷⁷ Grossman M., "*Technology Law: What Every Business (and Business-Minded Person) Needs to Know*", The Scarecrow Press, Inc., 2004

¹⁷⁸ See www.biobitlab.com

analysis and recommendations for employers and workers, in *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 2018

Cheng L., Liu F., Yao D., *Enterprise data breach: causes, challenges, prevention, and future directions*, in *Wire Data Mining and Knowledge Discovery*, 2017

Cippitani R., *Purposes of scientific research and exceptions to the discipline of personal data protection*, in *Cyberspace and Law*, vol. 20, n. 62, 2019

D'Agostino Panebianco M., *"Vivere nella Dimensione Digitale"*, Themis Ed., 2019

D'Agostino M., Mariani P., Tuvo M., *"Business Intelligence Handbook"*, Editrice Le Fonti, 2007

Dimartino A., Fischetti G., *Il Dirompente valore del capitale Umano*, Secop Edizioni, 2018

European Commission, *"The EU Industrial R&D Investment Scoreboard"*, 2018
https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC113807/eu_rd_scoreboard_2018_online.pdf

European Union - Agency for Fundamental Rights, Council of Europe, Publications Office of the European Union, *Manual on European Data Protection Law*, Luxembourg, 2018

Fischer W., *"Theories of Intellectual Property"*, Cambridge, 2001

Grossman M., *"Technology Law: What Every Business (and Business-Minded Person) Needs to Know"*, The Scarecrow Press, Inc., 2004

Harris J. O., *The Doctrine of Inevitable Disclosure: A Proposal to Balance Employer and Employee Interests*, in *Washington University Law Review*, 2000

Hodge N., *"The dangers within: employee disloyalty"*, IBA, 2016

Karyda M., Mitrou L., *Data Breach Notification: Issues and Challenges for Security Management*, in *MCIS Proceedings*, 2016

Karyda M., Mitrou L., *Data Breach Notification: Issues and Challenges for Security Management*, in *MCIS Proceedings*, 2016

O'Regan, *International Auditing: Practical Resource Guide*, John Wiley & Sons, 2004

Ponemon Institute, Symantec, *What's Yours is Mine: How Employees are Putting Your Intellectual Property at Risk*, 2013

Spedicato A., *Italian Supreme Court: Whoever instigates the colleague to send confidential information to himself illegally accesses the computer system*, in www.consulenza.it/Contenuti/News/News/2667/cassazione-accede-abusivamente-al-sistema-inf, 11/01/2019

Talley E., Hashmall M., *The Corporate Opportunity Doctrine*, in *U.S.C. Institute for Corporate Counsel*, 2001

Legal Sources.

Code of Conduct for Public Employees, pursuant to Italian Presidential Decree 62/2013

Council of Europe Convention on the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention No. 108), modernized as amended by CETS Protocol No. 223, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 18 April 2018

Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks

Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC

Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs)

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC

Other sources.

European Court of Justice. 27-9-2017, n.73

Italian Data Protection Authority Newsletter of May 30th, 2019

Italian Supreme Court, Civ., Labour Section,
April 11th 2019, judgment n. 10239

Unfair Competition, Legal Information Institute,
www.law.cornell.edu

United States District Court, S.D. New York,
Pure Power Boot Camp, Inc., et al. v. Warrior
Fitness Boot Camp, LLC, et al., 813 F. Supp. 2d
at 521, 2011

www.biobitlab.com

I PRINCIPI «COSTITUZIONALMENTE» TUTELATI E LA LORO CONTRAPPOSIZIONE.

Nota dalla sentenza n. 85/2013 Corte Cost. alla sentenza n. 58/2018.

Vincenza Immacolata Gigante

Abstract

Il caso ILVA è attraversato da plurimi bilanciamenti, alcuni dei quali giungono al vaglio della Corte costituzionale come domande di giustizia. Le sentenze n. 85/2013 e n. 58/2018 rappresentano le attuali “risposte” a questioni delicatissime, sul piano umano prima ancora che politico, che coinvolgono (e interrogano) interessi e valori fondamentali, tutti espressione della dignità umana. L’esame delle due decisioni consente di interrogarci sulla esistenza, o meno, di un conflitto sul piano dei principi e se i “sacrifici”, che il bilanciamento politico – legislativo e amministrativo – richiede al diritto al lavoro, al diritto alla salute e alla tutela dell’ambiente, siano legittimi.

SOMMARIO: 1. I plurimi bilanciamenti. - 2. I diritti costituzionali (e l’interesse) in gioco. - 3. Le perplessità sul superamento della contrapposizione. - 4. Alcune riflessioni “aperte”.

I plurimi bilanciamenti.

La vicenda ILVA, attraversata dalle due sentenze della Corte Costituzionale del 2013 e del 2018, sembra contrassegnata da tratti costanti nel tempo: una pregressa situazione di criticità ambientale determinata da inerzie e/o omissioni della politica; l’intervento della magistratura penale a difesa di beni costituzionalmente rilevanti (nei limiti

dettati dal legislatore ordinario); la “reazione” subitanea della politica con una decretazione di “necessità ed urgenza” tesa alla prosecuzione dell’attività produttiva alle medesime condizioni autorizzate; le domande di giustizia costituzionale risolte dalla Corte in uno scenario di principi, interessi, valori, diritti costituzionali, rappresentati come “blocchi” divergenti tra di loro e conciliabili solo in seguito a ragionevoli bilanciamenti.

E’ di tutta evidenza che *sul campo* intervengono plurimi bilanciamenti, politici - legislativo e amministrativo - e giudiziali. Per ultimo quello della Corte costituzionale che ha il compito di effettuare il controllo del bilanciamento tra i valori costituzionali svolto dal legislatore, con esclusione di ogni *valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento* (art. 28 Legge 87/1953).

L’assunto da cui partono entrambe le sentenze è che la questione ILVA sia regolata da più principi “fondamentali”, espressione di diritti a loro volta (ugualmente) fondamentali, che non possono essere soddisfatti contemporaneamente. Da qui il conflitto e la necessità del bilanciamento, cioè il sacrificio dell’uno in favore dell’altro¹⁷⁹, secondo un criterio di ragionevolezza.

In questo senso, nel 2012, anche il Presidente della Repubblica Napolitano che, oltre a sottolineare la portata generale del decreto legge n. 207, affermava: «*Tutti i valori indicati nel*

¹⁷⁹ Sul punto, *amplius*, G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006, n. 1, che, tra i molteplici aspetti, rileva, quanto all’oggetto del bilanciamento, che *una volta riconosciuto che un certo interesse può avere valenza costituzionale, diventa difficile distinguerlo da un diritto o un principio. Infatti, un interesse può avere una dimensione individuale, oppure una dimensione collettiva o addirittura “pubblica” e istituzionale: nel primo caso esso è difficilmente distinguibile da un diritto (si scorra la lista dei “nuovi” diritti fondamentali che di volta in volta sono stati tratti dall’art. 2 della Costituzione: cosa distingue tali diritti dagli “interessi” se non, banalmente, il mero fatto che i primi sono stati riconosciuti tali dalla Corte costituzionale?), nel secondo caso è difficilmente distinguibile da un principio.*

decreto - salute, ambiente, lavoro - sono richiamati dalla Costituzione e sono tutti beni primari da tutelare nell'ordinamento democratico, bilanciandoli tra loro nel miglior modo possibile. In questo senso si intende ora operare: definendo un quadro normativo generale, che obblighi i responsabili dell'azienda all'esecuzione di interventi immediati e mirati al ripristino di condizioni di sicurezza nella attività produttiva attraverso il sostanziale abbattimento delle emissioni inquinanti, salvaguardando insieme ed unitariamente i "beni" della salute, dell'ambiente e del lavoro»¹⁸⁰.

In tale prospettiva è stato evidenziato che «Nella Costituzione italiana, ogni diritto è sempre predicato insieme al suo limite e, in questo ambito, il bilanciamento è una tecnica interpretativa che consente il necessario ragionevole temperamento di una pluralità di interessi costituzionalmente concorrenti»¹⁸¹.

Così il giudizio della Corte è retto dai seguenti principi: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre sistemica», senza alcuna pretesa di assolutezza per valori definiti primari in precedenti decisioni, come l'ambiente - diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività (sentenza n. 210/87) e bene di valore assoluto e primario ed immateriale unitario (sentenza n. 641/87) - e la salute. «La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e

pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale» (punto 9 del Considerato in diritto, Sentenza n. 85/2013).

Quanto al metodo, occorre però osservare che la Corte costituzionale italiana, a differenza di altre Corti, non segue un modulo argomentativo predefinito disposto da fasi progressive di interpretazione-bilanciamento (test di proporzionalità), ma ancora le decisioni (e le motivazioni) a criteri singolarmente considerati: legittimità del fine perseguito dal legislatore; rapporto (connessione razionale) tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi intende perseguire; "necessità", che consente di garantire che l'obiettivo prefissato dal legislatore sia realizzato con il minor sacrificio possibile (*less restrictive means*) di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti; proporzionalità in senso stretto degli effetti dell'atto legislativo tramite la comparazione ed il bilanciamento dei benefici che derivano dall'obiettivo prefissato del legislatore ed i costi (sacrifici) imposti agli altri diritti costituzionalmente protetti¹⁸².

Altro aspetto che accomuna i bilanciamenti della Corte nelle sentenze del 2013 e del 2018, in ordine alla congruità e alla ragionevolezza del bilanciamento compiuto a sua volta dal legislatore, è la valutazione di atti (più o meno) esterni alla legge, a cui il legislatore espressamente rinvia.

¹⁸⁰ Dichiarazioni riportate da G. ARCONZO, *Note critiche sul decreto legge ad Ilvam, tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di prevenzione e repressione dei reati*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, n. 1, pp. 16 ss.

¹⁸¹ Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Intervento presentato alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 Ottobre 2013, reperibile in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, p. 9.

¹⁸² Per questi rilievi M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, p. 2 ss.

Mentre la Corte Costituzionale nella sentenza n. 85/2013 ha ritenuto corretti i bilanciamenti di interessi sottesi alla disciplina speciale della legge ILVA, che traccia «un percorso di risanamento ambientale ispirato al bilanciamento...tra beni tutti corrispondenti a diritti costituzionalmente protetti» (punto 8 del *Considerato in diritto*), percorso da rinvenirsi nell'autorizzazione integrata ambientale (punto 7 del *Considerato in diritto*), atto di competenza dell'autorità amministrativa avverso cui restano proponibili i rimedi giurisdizionali; nella sentenza n.58/2018 considera illegittimo il presupposto cui è agganciata la continuazione dell'attività in presenza di sequestro, cioè «la predisposizione unilaterale di un piano ad opera della stessa parte privata colpita dal sequestro dell'autorità giudiziaria, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati», non definito e non sottoposto ad alcun controllo¹⁸³. Ed è proprio sul presupposto che la salute umana e la salubrità dell'ambiente siano (stati) garantiti dal rinvio operato dal legislatore del 2012 al precedente (e recente) atto di riesame A.I.A. che induce la Corte Costituzionale a ritenere tali diritti ragionevolmente "sacrificati" e a dichiarare legittima la prosecuzione dell'attività produttiva di ILVA pur in presenza dei provvedimenti di sequestro della magistratura¹⁸⁴.

Il bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco (occupazione vs salute umana e ambiente) è effettuato dal legislatore del 2012 con uno schema combinato di rinvio dal d.l. n. 207/2012 (provvedimento legislativo) al Riesame

¹⁸³ Cfr. D. PULITANO, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, n.3, pp. 1498 ss.

¹⁸⁴ E' bene specificare che la prima A.I.A. è stata rilasciata con decreto ministeriale in data 4 agosto 2011 sull'istanza di ILVA s.p.a. del 28.02.2007; diversamente il bilanciamento del Riesame viene avviato d'ufficio il 15 marzo 2012 dal Ministero dell'Ambiente, in considerazione delle criticità ambientali e sanitarie - rilevate in tutta la loro gravità dagli accertamenti scientifici da parte gli organi dell'amministrazione e dagli ausiliari del giudice penale - e si conclude con il decreto di approvazione del 26 ottobre 2012.

A.I.A. (atto amministrativo), sede, quest'ultima, in cui è propriamente collocata la fase del bilanciamento tra gli interessi contrapposti in gioco (occupazione vs salute umana e salubrità dell'ambiente) e che rappresenta, anche per la Corte, *sic et simpliciter*, il punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi¹⁸⁵. Nel 2015 invece la decretazione d'urgenza riterrebbe, invece, sufficiente ad impedire la chiusura dell'impianto il rinvio all'adeguazione futura dell'impianto stesso alla normativa in materia di sicurezza sul lavoro (adeguamento che dovrà avvenire entro un anno dall'entrata in vigore del decreto e sulla base di un piano predisposto entro trenta giorni dalla medesima data) affidata agli stessi garanti che hanno dato origine alla situazione da cui è scaturito il procedimento penale¹⁸⁶.

Singolare è, inoltre, la delicata questione della legge in luogo di provvedimento rinveniente dalla caratterizzazione dell'impianto siderurgico della società ILVA s.p.a. di Taranto come stabilimento di interesse strategico nazionale da parte del d. l. n. 207/2012 (art.3), in luogo di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (cfr. punto 12.2 del *Considerato in diritto*), in un'area dichiarata «area ad elevato rischio di crisi ambientale» dal

¹⁸⁵ «L'inidoneità del modello organizzativo di prevenzione dei reati ambientali di cui l'impresa si è dotata, in violazione dei principi propri della corporate governance», la constatazione della violazione di varie prescrizioni dell'Autorizzazione riesaminata e il superamento dei limiti delle emissioni inquinanti indurranno il Garante dell'A.I.A. per l'ILVA a formulare la proposta di commissariamento dei vertici della società (D.L. n.61/2013). Cfr., sul punto, *Rapporto del 2 luglio 2013* reperibile in www.penalecontemporaneo.it/d/2409.

¹⁸⁶ Significativamente sul punto, S. ZIRULIA, *In vigore un nuovo Decreto "Salva Ilva" (e anche Fincantieri). Osservazioni a margine del d.l. 4 luglio 2015, n. 92, recante "Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 6 luglio 2015; l'Autore tra l'altro evidenzia che «l'art. 3 del d.l. n. 92/2015 sembra costruito per non lasciare spazio alcuno alla discrezionalità del GIP nella concessione della sospensione del sequestro. Non solo, infatti, il legislatore ha stabilito che «l'esercizio dell'attività di impresa non è impedito dal provvedimento di sequestro»; ma ha altresì previsto che al GIP venga comunicata «l'avvenuta predisposizione del piano [di adeguamento]», ossia una mera notizia circa l'adempimento dell'obbligo, senza necessità di comunicare anche i contenuti del piano stesso».

Consiglio dei Ministri nel 1997, considerata, nel bilanciamento della Corte, sotto il profilo dell'emergenza occupazionale¹⁸⁷.

I diritti costituzionali (e l'interesse) in gioco.

I plurimi bilanciamenti effettuati attengono ad interessi "vitali" per l'essere umano e ne rappresentano la risposta sul piano storico, sociale, politico e giudiziario, nel groviglio (non semplice) di interventi e di delimitazioni delle attribuzioni fra i poteri dello Stato¹⁸⁸. Si rende pertanto necessario puntare l'attenzione sui principi costituzionali sottesi e sulla loro tutela, garantita e/o limitata nel meta-bilanciamento effettuato dal Giudice delle leggi.

Sia il d.l. n. 207/2012, convertito con modifiche in L. n. 231/2012 (che conferisce un carattere generale alla normativa originariamente prevista unicamente per lo stabilimento tarantino), intitolato significativamente "*Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*", sia il d.l. n. 92/2015

¹⁸⁷ Sulla delicata questione delle leggi in luogo di provvedimento, G. SERENO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, n. 3, pp.1511 ss., che, inoltre, opera interessanti raffronti tra la versione definitiva e il testo originario del decreto legge deliberato dal Consiglio dei Ministri il 30.11.2012 (chiaramente nel senso di natura concreta e provvedimento del decreto e di "legificazione" dell'AIA riesaminata, rilasciata all'Ilva il 26.10.2012) e sulla portata sistematica dell'atteggiamento della Corte rispetto alle leggi in luogo di provvedimento con esiti diametralmente opposti a seconda che sia una legge statale o regionale ad essere adottata in luogo di un provvedimento amministrativo. L'Autore evidenzia che la fattispecie delle norme in luogo di provvedimento costituiscono una vera e propria sostituzione del legislatore all'amministrazione con conseguente elusione delle garanzie giurisdizionali «che deve reputarsi vietata dagli artt. 24 e 113 Cost., dai quali è desumibile una particolare connotazione del principio di legalità».

¹⁸⁸ Sul "cuore" delle questioni, che attiene più propriamente al rapporto tra potere politico (legislativo e amministrativo) e potere giudiziario, V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2013, n. 3, pp. 1494 ss.

recante "*Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale*", hanno come obiettivo la prosecuzione dell'attività d'impresa in presenza dei sequestri preventivi disposti dalla magistratura di Taranto.

Nel primo caso il governo (legislatore) stabiliva che, presso gli stabilimenti dei quali fosse riconosciuto l'*interesse strategico nazionale* e che occupassero almeno duecento persone, l'esercizio dell'attività di impresa potesse perdurare per un tempo non superiore a 36 mesi - anche in caso di sequestro preventivo di ampie porzioni dello stabilimento siderurgico di Taranto (la cd. "area a caldo") disposto dalla magistratura in quanto ritenute sussistenti le ragioni cautelari sulla scorta dei risultati di due perizie (una di carattere chimico-ambientale, l'altra di carattere medico-epidemiologico) - sulla base (presuntiva) del rispetto delle prescrizioni impartite con apposita Autorizzazione Integrata Ambientale (A.I.A.) rilasciata in sede di riesame. Nel secondo caso, invece, che la prosecuzione dell'attività siderurgica fosse immune da un provvedimento di sequestro preventivo d'urgenza, senza facoltà d'uso, adottato dal giudice per fini cautelari nell'ambito di processo di accertamento delle responsabilità in seguito al decesso di un operaio in un altoforno, per omicidio colposo commesso con violazione delle norme sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 3 d.l. n. 92/2015).

Questo è il bilanciamento degli interessi compiuto dalla decretazione d'urgenza che viene affidato al meta-bilanciamento della Corte Costituzionale dai giudici del Tribunale di Taranto.

Nel 2012 il blocco degli interessi contrapposti affidato al bilanciamento della Corte è il seguente: da un lato, il complesso dei diritti alla salute e alla tutela dell'ambiente (artt. 2, 9 e 32 Cost.),

e, dall'altro, i diritti dell'impresa (art. 41 Cost.) con "ritenuto" irragionevole squilibrio "legislativo" in favore del secondo.

La sentenza n. 85/2013 effettua un bilanciamento secondo un criterio di necessità, nel senso che ritiene legittima la scelta del legislatore di limitare la tutela del diritto alla salute e all'ambiente salubre in quanto giustificato dalla necessità di dare attuazione ad un altro diritto o interesse costituzionale, che la stessa Costituzione individua. Questo il criterio applicato, anche se con diversa argomentazione. Dal riconoscimento *che tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri* giunge ad affermare che *l'illimitata espansione di uno dei diritti lo tramuterebbe (quasi snaturandolo) in "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona* (punto 9 del *Considerato in diritto*).

Tale impostazione è tale da superare i dati testuali dei principi costituzionali e gli orientamenti precedenti: *non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali* (punto 9 del *Considerato in diritto*).

In altre parole, secondo questo orientamento della Corte Costituzionale, non è possibile aprioristicamente attribuire valore o peso al singolo diritto costituzionalmente considerato, ma tutti

sono in egual misura espressione della dignità della persona. Ciò anche se sia lo stesso Costituente a qualificare come *fondamentale* solo il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e a porre chiari *limiti* solo all'attività di impresa, proprio in virtù della dignità della persona (art. 41 Cost.). Con una operazione interpretativa complessiva, al fine di superare detti limiti, direttamente riferiti dal Costituente alla libertà dell'iniziativa economica - *non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana* -, il Giudice delle leggi "rafforza" la tutela costituzionale degli interessi dell'impresa chiamando in campo l'applicazione dell'art. 4 Cost. e ponendo in secondo piano i limiti individuati dall'art. 41 Cost.. In definitiva, rilievo assume non solo la *«libertà di iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 Cost., ma anche le ricadute occupazionali dell'eventuale chiusura e dismissione degli impianti, ritenendo quindi che, essendo coinvolte imprese di interesse strategico nazionale, l'esercizio della menzionata libertà si facesse veicolo anche della tutela ed applicazione dell'art. 4 Cost.. [...] Il punto della sentenza n. 85 del 2013 dedicato alla verifica della correttezza del bilanciamento parte, lapidariamente, dall'affermazione che «la ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso».* [...] Così reimpostata la questione, il "peso" delle ragioni dell'impresa e della garanzia costituzionale dei diritti collegati aumenta notevolmente, costituendo una premessa essenziale per giungere al rigetto delle questioni sollevate in relazione agli artt. 1

e 3 del d.l. n. 207 del 2012 (ed ai corrispondenti articoli della legge di conversione)»¹⁸⁹.

Non solo. Se la tutela dell'ambiente viene qui unicamente ricondotta all'art. 32 Cost. come diritto all'ambiente salubre, occorre altresì osservare che «dalla interpretazione sistematica degli artt. 2 e 32 Cost. scaturisce anche il fondamento delle "azioni pubbliche" di tutela "oggettiva" della ambiente [Cfr. Commenti artt. 2 e 9]. Mentre nel primo caso la salubrità è intesa come "assenza di danno", nel secondo caso essa sta ad indicare l'assenza di alterazione irreversibile dei fattori ambientali o dell'equilibrio tra di essi, ovvero, positivamente, la conservazione dell'integrità dell'ambiente nelle sue dinamiche di riproduzione, in questo caso non si tratta di un diritto soggettivo da attivare, bensì di una funzione affidata alla Repubblica nel suo complesso e specificato anche in ulteriori disposizioni costituzionali»¹⁹⁰.

Tale parametro di legittimità costituzionale, il collegamento funzionale tra gli artt. 2, 9 e 32 Cost., viene trascurato negli equilibri oggetto di bilanciamento da parte della Corte costituzionale, con evidenti conseguenze anche sotto i profili di politica legislativa relativi al "nodo" salute, ambiente, economia.

In sintesi, nella sentenza n. 85/2013 la Corte nega che sussista una illegittima compressione del diritto alla salute e all'ambiente salubre dichiarando infondate le numerose questioni di legittimità costituzionale, poste dal G.I.P. del Tribunale di Taranto nell'ambito del procedimento per inquinamento e disastro ambientale provocato dall'acciaieria. Nel

2012 il bilanciamento realizzato dal Decreto "Salva Ilva" è reputato ragionevole in quanto finalizzato ad assicurare una tutela concomitante del diritto al lavoro e all'iniziativa economica, principi "di fatto" risultati preminenti rispetto agli altri, affidati alla (formale) tutela delle valutazioni A.I.A. in sede amministrativa¹⁹¹.

La decisione della Corte costituzionale n. 58/2018, invece, dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 3 del D.L. n. 92/2015 (abrogato prima che scadesse il termine per la conversione del decreto d'urgenza, mediante una legge - n.132/2015 - che ne ha riprodotto il testo facendo salvi gli effetti antecedenti) in accoglimento delle questioni sollevate dal G.I.P. che aveva prospettato il contrasto con gli artt. 2, 3, 4 e 32 co.1, 35 co.1, 41 co.2 e 112 Cost..

La più recente normativa, che stabiliva, anche nelle ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori, che l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non fosse impedito dal provvedimento di sequestro, viene considerata "irragionevole" non perché la Corte muta le proprie considerazioni sul bilanciamento e sulla mancanza di una valenza aprioristica e/o preminente di un interesse costituzionale sull'altro, ma in quanto non "sposta" l'attenzione sul diritto al lavoro. Il conflitto paventato nella precedente sentenza tra diritto al lavoro (ricavato dai problemi occupazionali in caso di interruzione dell'attività) e diritto alla salute e all'ambiente salubre, qui non viene richiamato¹⁹².

La Corte infatti, con un riferimento esplicito alla sentenza n. 85/2013 («è alla luce dei principi ivi stabiliti che la odierna questione di legittimità costituzionale

¹⁸⁹ In tal senso, T. GUARNIER, *Della ponderazione di un "valore primario" sotto la lente della Corte Costituzionale*, in *Diritto e Società*, n.2/2018, pag. 183. L'Autrice rileva, inoltre, sul punto, una identità di impostazione con il bilanciamento del preambolo del d.l. n. 207/2012.

¹⁹⁰ Così, Commentario alla Costituzione, Volume primo, UTET giuridica, artt. 1-54, *Commento all'art. 32 Costituzione, Salute e ambiente* (sub 2.1.2), pag. 661.

¹⁹¹ *Amplius*, L.GENINATTI SATE', "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013), in *Forumcostituzionale.it*, 16 maggio 2013.

¹⁹² Per queste considerazioni, *amplius*, T. GUARNIER, *op. ult. cit.*, pp. 173 ss.

deve essere esaminata»), procede alla valutazione del bilanciamento compiuto dal legislatore del 2015 (in tema di diritti) unicamente sulla base della ponderazione di due articoli, l'art. 32 e l'art. 41 co. 2 Cost..

E, sebbene non sia l'argomentazione principale della decisione di illegittimità, giunge a "riconoscere" il limite posto alla libertà dell'iniziativa economica, nel senso che *«la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicitare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»*.

Si può ritenere così superata la rappresentazione di un conflitto tra gli interessi costituzionali?

Le perplessità sul superamento della contrapposizione.

La Corte costituzionale del 2018 non rinuncia al bilanciamento e lo applica negli stessi termini argomentativi seguiti dalla Corte del 2013, seppure è indubbio un cambiamento "valoriale" nella identificazione dei diritti contrapposti.

E' vero sì che, con riferimento al bilanciamento del legislatore, richiama i contenuti della sentenza n.85/2013 circa la necessità di condurre il bilanciamento *senza consentire «l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»*, ma non può disconoscersi che alcuni diritti costituzionali sono chiaramente riconosciuti inviolabili e valori fondamentali nell'impianto costituzionale.

Pur continuando a mutuare il linguaggio proprio dei bilanciamenti, nel senso di *sacrificio di tali fondamentali valori*

tutelati dalla Costituzione, la Corte Costituzionale nel 2018 richiama e applica l'art. 41 co. 2 alla questione di legittimità che le è sottoposta.

Cambia la prospettiva (e gli ambiti) del conflitto: da un alto *l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva* del legislatore, dall'altro *le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.)*, cui deve ritenersi *inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)*. Sembra cambiare anche il "tono" del linguaggio, il modo di porsi rispetto al legislatore, che è e rimane libero di *intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i correlati livelli di occupazione, prevedendo che sequestri preventivi disposti dall'autorità giudiziaria nel corso di processi penali non impediscano la prosecuzione dell'attività d'impresa; ma ciò può farsi solo attraverso un ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco* (Corte. Cost. n. 58/2018 punto 3.1 del *Considerato in diritto*).

L'impianto concettuale e valoriale, l'esigenza di una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali, sembra dire la Corte, sono identici a quelli del 2013, diverso è l'atteggiamento del legislatore che mostra un eccessivo interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva¹⁹³, reso evidente dalla totale trascuratezza dei principi costituzionali "fondamentali", *espressione di esigenze fondamentali della persona*.

Ed è proprio ancorandosi a tale prospettiva "personalista" che pare delinearsi, nella sentenza n. 58/2018 della Corte, un cambiamento di prospettiva rispetto alla precedente sentenza n.85/2013: *«Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute,*

¹⁹³ Così D. PULITANO³, *Una nuova "sentenza ILVA". Continuità o svolta?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2018, n. 2, pag. 604.

l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona» (punto 3.3 del *Considerato in diritto*)¹⁹⁴.

È indubbio che sia possibile intravedere in queste parole il fondamento costituzionale delineato nell'art.3 co. 2 della Costituzione, tutto teso allo sviluppo della persona umana e alla rimozione di tutti i suoi "ostacoli".

Ma, di più la Corte costituzionale non dice.

Diversa è la materia: in questa sede il bilanciamento costituzionale non attiene a implicazioni di natura ambientale.

La trascuratezza dei valori costituzionali nel bilanciamento (del d.l. del 2015) è precipuamente ravvisata nella mancanza di quella "infrastruttura procedurale" risultante dalla presenza di quattro elementi: «*definizione condivisa delle misure di sicurezza, determinatezza dei parametri normativi di riferimento delle medesime, adeguatezza del sistema dei controlli, immediatezza degli interventi e certezza dei tempi*»¹⁹⁵.

Nella presente disciplina, in definitiva, nemmeno "astrattamente" viene previsto un meccanismo "amministrativo" in grado «*di controbilanciare la prosecuzione dell'attività produttiva e il mantenimento dei livelli occupazionali attraverso prescrizioni e controlli diretti a ripristinare gradualmente livelli adeguati di tutela della salute e dell'ambiente*»¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Nel senso di un cambiamento di prospettiva della Corte, G. AMENDOLA, *Ilva e diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione Giustizia*, 10 aprile 2018; *contra*, D. PULITANO', *op. ult. cit.*, pp. 604 ss.

¹⁹⁵ Così, D. SERVETTI, *Il fattore tempo nel bilanciamento tra lavoro e salute. Alcune note alla nuova sentenza della Corte costituzionale sull'ILVA di Taranto*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018, n. 2, pp.193 ss., ove l'Autore, tra gli altri aspetti, evidenzia anche i lunghissimi tempi di trasmissione alla Corte (7 febbraio 2017) dell'ordinanza di rimessione (14 luglio 2015).

¹⁹⁶ In questi termini, D. SERVETTI, *op. ult. cit.*, p. 201; così testualmente la sentenza n. 85/2013: «*Il punto di equilibrio contenuto nell'AIA non è necessariamente il migliore in assoluto – essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i*

In un certo senso, è come se il legislatore avesse "abdicato" in favore dell'acciaieria stessa.

Ma è proprio in quella *adeguatezza* di tutela "accordata" dalla Corte al legislatore del 2012, per la presenza di elementi "terzi" rispetto allo stesso dettato normativo, che si intravede il limite del bilanciamento costituzionale. La rimessione del bilanciamento (del legislatore) all'apporto tecnico-amministrativo è stato, infatti, considerato "prevalente" nella ponderazione degli interessi, rispetto alle drammatiche e allarmanti valutazioni espresse dagli ausiliari dell'autorità giudiziaria¹⁹⁷.

Il punto di equilibrio dei valori in gioco¹⁹⁸ ritorna così, per molti versi, di competenza politica.

Alcune riflessioni "aperte".

È bene sottolineare che, successivamente alle due sentenze della Corte costituzionale esaminate, interviene la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza del 24.01.2019 che, a sua volta, effettua un ulteriore "bilanciamento": tra le evidenze epidemiologiche sulla

risultati voluti – ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'iter formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista» (punto 10.3 del *Considerato in diritto*).

¹⁹⁷ Su questo aspetto, *cf.*: V. ONIDA, *op. ult. cit.*, p. 1498, il quale afferma che il richiamo della Corte all'autonomia e alla responsabilità dell'amministrazione appare un elemento di saggezza e di equilibrio istituzionale.

¹⁹⁸ È di tutta evidenza il dato formale assunto quale parametro nel bilanciamento, poiché affermare che una attività sia autorizzata non vale di per sé a stabilire una presunzione assoluta di legittimità: su questo profilo L. GENINATTI SATE', *op. ult. cit.*, p. 470. E sul conseguente profilo dei rapporti tra attribuzioni dei poteri dello Stato, V. ONIDA, *op. ult. cit.*, p. 1497, «*Queste chiare e insistenti puntualizzazioni della Corte riconducono, come si vede, al punto essenziale, al "cuore" del problema [...]: quale sia il confine fra compiti degli organi politici e compiti dei giudici, quando si tratti di apprezzare gli effetti futuri di un'attività di per sé lecita, i rischi che vi possono essere collegati e l'equilibrio fra rischi e vantaggi*».

situazione sanitaria delle popolazioni esposte e la normativa “Salva-Ilva” emanata a partire dal 2012. Ciò che ravvisa è una sostanziale “incapacità” delle politiche ambientali italiane di individuare un corretto punto di bilanciamento tra l’interesse della società all’attività produttiva ed il “benessere” e la “qualità della vita” dei residenti nelle aree interessate. «Su questo sfondo, il messaggio della Corte giunge forte e chiaro: fermo restando il margine di apprezzamento spettante alle autorità nazionali nella scelta delle contromisure da mettere in campo, l’inversione di rotta dovrà avvenire nel più breve tempo possibile, al fine di porre termine ad una violazione dei diritti fondamentali tuttora in atto»¹⁹⁹.

Tale sentenza ha il merito di evidenziare il reale conflitto in campo, tra il diritto alla salute e il diritto all’ambiente (da un lato) e l’interesse economico alla prosecuzione dell’acciaieria (dall’altro).

Altro è il piano delle responsabilità “politiche” che non hanno impedito l’emergenza ambientale, prefigurando, di fatto, l’emergenza occupazionale in caso di cessazione di quell’attività specifica. Questa inerzia e “incapacità” di progettualità ha creato, in definitiva, le drammatiche conseguenze sul piano sanitario e ambientale, oltre che un latente conflitto sociale.

A ben vedere, l’impianto della Costituzione non si presta a “conflitti” tra principi fondamentali perché questi sono tutti caratterizzati, per essere definiti tali, da un “riconoscimento” costituzionale che prescinde da una esterna attribuzione legislativa.

E’ importante sottolineare, infatti, un aspetto unificante dato da un valore supremo: «La giustizia costituzionale, a livello mondiale, si articola in tante manifestazioni, ciascuna delle quali è in stretta relazione a un certo tessuto

¹⁹⁹ Così, S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Diritto Penale contemporaneo*, 2019, n. 2, p. 143.

costituzionale così come è vissuto in un certo contesto socio-politico. Le differenze ci sono e si vedono nitidamente. Tuttavia c’è una base comune che tutte le congiunge. Ogni Costituzione si origina e si consolida per affermare un valore supremo: il rispetto e la tutela della dignità, di cui ogni uomo è portatore, ed è da qui che si generano le libertà fondamentali»²⁰⁰.

La supremazia della dignità umana non è “tirannica” nei confronti dei principi fondamentali, ma costituisce la dimensione fondante e preesistente allo Stato stesso. Non entra nel gioco “ristretto” dei bilanciamenti. E, ove posto, come chiaramente enuncia la Sentenza della Corte di Strasburgo, è per denunciare responsabilità di altra natura. Solo liberandosi da tali “responsabilità” si vedrà chiaramente che non vi è conflitto tra diritto al lavoro e diritto alla salute. Se, come, nel caso ILVA, l’uomo è posto nelle condizioni di lavorare e al contempo contribuire, con il proprio lavoro, indirettamente, a “danneggiare” l’ambiente circostante e la propria salute, questo non è coerente con la concezione costituzionale del lavoro, a fondamento della Repubblica (art. 1 Cost), e non è da addebitare ad un “conflitto” nel nostro impianto costituzionale, ma, si ripete, attiene ad altre e specifiche responsabilità²⁰¹.

²⁰⁰ Così P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia – A colloquio con Orlando Roselli*, Il Mulino, Bologna 2018, p. 104.

²⁰¹ Sul punto, cfr. B. DEIBBA, A. NATALE, *Introduzione: il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione giustizia*, 2014, n. 2, p. 74, che definiscono il conflitto tra salute e lavoro «improponibile». In particolare, *Il diritto al lavoro di cui all’articolo 4 Cost. non può essere riferito a un lavoro rischioso e pericoloso per la salute [...]. Quell’altro lavoro, quello che si svolge all’Ilva di Taranto, assume invece nel nostro ordinamento il nome di vari reati previsti dal nostro codice [...]. Ma tra lavoro e il diritto alla salute (e interesse della collettività) non c’è nessun bilanciamento possibile. È solo materia per il giudice penale.*

Vedasi anche, R. DANNOVI, *Rapporto Garcia sulla giustizia*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, p. 95, ove l’Autore insiste sulla necessità di dedicarsi ai beni comuni, a difendere la legalità, la giustizia, il lavoro e l’ambiente: *Dobbiamo dunque protestare perché non si tratta di scegliere tra lavoro e salute (una opzione impossibile), a nessuno essendo consentito di distruggere la persona per assicurarle un’attività lavorativa malsana. Non è questo lo Stato che additiamo alla coscienza e dobbiamo realizzare. Vale ancora il richiamo di Papa Francesco*

Né è proponibile la scelta tra rispetto della salute e mancanza di lavoro²⁰².

Il punto, allora, è dare pienezza di significato all'art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», tuttora e con evidenza, violati nel caso ILVA.

Tale "riconoscimento" è in stretta relazione con l'art. 41 Cost. in quanto ne costituisce espressamente il limite. Non può infatti disconoscersi che sia stato proprio il Costituente ad effettuare *a priori*, in questo caso, un "bilanciamento", non sindacabile, coerente con l'impianto costituzionale²⁰³.

nell'enciclica "Laudato si" (2015), sulla cura della casa comune: «Quando nell'essere umano si perde la capacità [di contemplare e] di rispettare, si creano le condizioni perché il senso del lavoro venga stravolto [...e...] molte volte si prendono misure solo quando si sono prodotti effetti irreversibili per la salute delle persone».

Inoltre, significativamente, il G.I.P del Tribunale di Taranto, ord. n. 19 del 2013, in *Gazz. Uff., Prima Serie Speciale*, n. 6/2013, p. 185: «nell'accesso dibattito suscitato dalla vicenda giudiziaria relativa all'ILVA di Taranto (...) viene sistematicamente evocato anche il diritto al lavoro, per lo più in una prospettiva che i due diritti – diritto alla salute e diritto al lavoro – giunge sostanzialmente a contrapporre, auspicandone quindi una positiva coniugazione. Orbene, non sembra che il diritto al lavoro riconosciuto dalla Costituzione quale diritto di tutti i cittadini (art. 4) possa essere inteso quale diritto a un lavoro purchessia, tale da pregiudicare, ad esempio, la salute di chi lo svolge o quella di altre persone, o la propria o altrui libertà [...], ma solo come un diritto al lavoro che anzitutto si svolga nel rispetto di tutti i diritti fondamentali della persona (salute, sicurezza, libertà, dignità umana, etc.), i quali valgono dunque a permeare l'essenza»

²⁰² Sul punto occorre chiarire che la chiusura dello stabilimento siderurgico di Taranto, il più grande d'Europa, potrebbe avvenire per problemi di natura meramente economica. In questo senso, M. MENEGHELLO e D. PALMIOTTI, *Dal caos dell'ILVA ai rischi di Arvedi, l'autunno caldo dell'acciaio*, in *Il Sole 24Ore, Domenica 8 settembre 2019*: «La crisi di mercato e la sovracapacità produttiva in Europa amplia i problemi dell'Industria dell'acciaio che deve affrontare la stretta delle amministrazioni sulla sostenibilità».

²⁰³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992, p. 137: «Le Costituzioni riconoscono l'autonomia [...] dell'economico attraverso la garanzia dei diritti degli operatori economici (libertà privata, libertà di iniziativa economica, libertà contrattuale, etc). Esprimono però, altresì, la consapevolezza che questo non può essere l'unico e l'ultimo orizzonte, poiché l'economico non solo è incapace di autoregolazione integrale ma, soprattutto, perché il suo sviluppo non porta automaticamente con sé altri valori, non economici, con i quali l'economia deve fare sistema». Nel senso "evoluto" di coerenza tra ambiente e economia, le mirabili riflessioni del Premio Nobel E.S. PHELPS, *Salvare l'ambiente e salvare l'economia, Preservare il capitale naturale del mondo aumenterebbe il*

Ed sempre da una lettura combinata dei due articoli, ove si propendesse per una ricostruzione di non separatezza tra persona e ambiente²⁰⁴ – ma di intima e reciproca connessione²⁰⁵ – che si potrebbe giungere a quel riconoscimento "costituzionale" di valori sociali e civili che stanno bussando con urgenza alla porta²⁰⁶.

tasso di rendimento del capitale imprenditoriale, in *Il Sole 24Ore, Domenica 14 gennaio 2018*.

²⁰⁴ Sulle lentezze del legislatore italiano in materia di Tutela dell'Ambiente, cfr. R. DANOVI, *op. ult. cit.* p. 116; si notino, inoltre le continue rivisitazioni del T.U. Ambiente del 2016, che nacque con 318 articoli ed attualmente ne colleziona 397; da 132mila parole si è passati a 210mila: cfr. sul questo profilo, I. GILBERTO, *Ambiente, quando a inquinare sono grovigli di leggi e burocrazia*, in *Il Sole 24Ore, Domenica 2 giugno 2019*.

²⁰⁵ Già sin dal 1992 si affermava che *la protezione dell'ambiente dovrà costituire parte integrante del processo di sviluppo e non potrà considerarsi in maniera isolata*, in *Dichiarazione di Rio sull'ambiente e sullo sviluppo*, Principio n. 4. Più recentemente, cfr. Agenza 2030 per lo sviluppo sostenibile, approvata dalle Nazioni Unite il 25.09.2015.

²⁰⁶ Sul punto, P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere, Breviario di valori per italiani di ogni età*, Marietti, Bologna 2018, p. 63: «Con il termine valori si intende contraddistinguere dimensioni fondamentali della vita, personale e sociale, di un uomo perché la fondano e anche la irrobustiscono. Valori plurimi, che però discendono da un valore massimo e supremo la dimensione della dignità di cui ogni essere umano è portatore [...]». E, continua l'Autore, in *Il diritto in una società che cambia – A colloquio con Orlando Roselli, cit.*, poiché «il corpo sociale vive la sua storia e vive i suoi valori; i valori stessi si modificano, non sono e non possono essere estranei alla dinamica che è segno di vita, [...] credo sia facile identificare la Corte come un organo respiratorio dell'intero ordine giuridico della Repubblica, o, secondo l'insegnamento di un illustre Presidente emerito della Corte, Cesare Ruperto, come organo della comunità piuttosto che dello Stato», pp. 88-89.

ATTIVITÀ ISTITUZIONALE DEGLI ENTI DEL TERZO SETTORE E ATTI DI PIANIFICAZIONE URBANISTICA.

Giulia Milo

SOMMARIO: **1)** Pianificazione delle destinazioni d'uso del territorio; **2)** Il mutamento di destinazione d'uso ed i provvedimenti amministrativi legittimanti tale mutamento: l'evoluzione della disciplina; **3)** L'art. 23 *ter* del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; **4)** attività degli enti del Terzo settore e disciplina delle destinazioni d'uso urbanistiche.

.Pianificazione delle destinazioni d'uso del territorio.

L'attività di pianificazione urbanistica, fin dall'originaria legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150, comprende, non soltanto una disciplina delle possibilità edificatorie delle diverse aree del territorio comunale, ma anche una disciplina delle funzioni delle stesse e quindi delle destinazioni d'uso.

L'art. 7 comma 2, nn. 2 e 3 della legge 17 agosto 1942 n. 1150, stabilisce infatti che il piano regolatore generale deve considerare la totalità del territorio comunale ed indicare, tra l'altro, la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona, nonché le aree destinate a formare spazi di uso pubblico o sottoposte a speciali servitù.

L'art. 17 della legge 6 agosto 1967 n. 765, la c.d. legge Ponte, ha poi inserito l'art. 41-*quinquies* nella legge 17 agosto 1942 n. 1150, ove, ai commi 8 e 9, si stabilisce che il Comune deve essere suddiviso in zone territoriali omogenee²⁰⁷ e che per ciascuna di esse devono essere rispettati determinati limiti di densità edilizia, di altezza dei fabbricati, di distanza, e di "rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde, pubblico o a parcheggi". Si tratta dei c.d. *standards* introdotti poi dal decreto interministeriale 2 aprile 1968 n. 1444.

Come noto tale decreto ministeriale ha previsto all'art. 2 sei zone territoriali omogenee in cui deve essere diviso il territorio comunale.

Per identificare tali zone sono stati adottati parametri non univoci, combinando criteri oggettivi e criteri funzionali. Ai fini della zonizzazione, in effetti, il d.m. 1444/1968 valuta sia il dato reale dell'insediamento esistente, sia la destinazione presente o futura delle

²⁰⁷L'art. 41-*quinquies* della legge 17 agosto 1942 n. 1150, come modificato dall'art. 17 della legge 6 agosto 1967 n. 765, ai commi 8 e 9 statuisce:

"In tutti i Comuni, ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, debbono essere osservati limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde, pubblico o a parcheggi.

I limiti e i rapporti previsti dal precedente comma sono definiti per zone territoriali omogenee, con decreto del Ministro per i lavori pubblici di concerto con quello per l'interno, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici. In sede di prima applicazione della presente legge, tale decreto viene emanato entro sei mesi dall'entrata in vigore della medesima."

single zone²⁰⁸. Sono state così individuate sei zone omogenee.

Il medesimo d.m. 1444/1968 indica poi la quantità minima di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi da osservare in rapporto agli insediamenti residenziali nelle singole zone territoriali omogenee nonché i limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i singoli edifici in relazione alle diverse zone omogenee.

Come recentemente sinteticamente evidenziato il contenuto del piano regolatore è inquadrabile in due parti principali: la zonizzazione e la localizzazione.

In particolare, ad una zonizzazione di tipo funzionale, consistente nella suddivisione dell'intero territorio comunale in zone omogenee in relazione alle diverse funzioni ad esse attribuite dallo stesso piano, si accompagna una zonizzazione cd. strutturale, incidente sul potenziale edificatorio proprio di ciascuna area,

nonché, più in generale sulle caratteristiche degli interventi ammissibili in quella determinata parte del territorio²⁰⁹.

Dunque sicuramente pianificare gli usi del territorio significa non solo disciplinare i limiti e le modalità di trasformazione fisica dello stesso, tramite l'esercizio dello *jus aedificandi* ma anche, e forse soprattutto, stabilire le funzioni, le destinazioni di ciascuna area del territorio, i possibili usi dei diversi immobili che vengono edificati²¹⁰.

L'attività di zonizzazione è pertanto quella mediante la quale la pubblica amministrazione suddivide il proprio territorio comunale in zone alle quali viene riconosciuta o attribuita una determinata funzione con conseguente conformazione del potere di trasformare tali aree²¹¹.

²⁰⁸ L'art. 2 del d.m. 2 aprile 1968 n. 1444, statuisce:
“(Zone territoriali omogenee).

Sono considerate zone territoriali omogenee, ai sensi e per gli effetti dell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765:

A) le parti del territorio interessate da agglomerati urbani che rivestono carattere storico, artistico o di particolare pregio ambientale o da porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi;

B) le parti del territorio totalmente o parzialmente edificate, diverse dalle zone A): si considerano parzialmente edificate le zone in cui la superficie coperta degli edifici esistenti non sia inferiore al 12,5% (un ottavo) della superficie fondiaria della zona e nelle quali la densità territoriale sia superiore ad 1,5 mc/mq;

C) le parti del territorio destinate a nuovi complessi insediativi, che risultino inedificate o nelle quali l'edificazione preesistente non raggiunga i limiti di superficie e densità di cui alla precedente lettera B);

D) le parti del territorio destinate a nuovi insediamenti per impianti industriali o ad essi assimilati;

E) le parti del territorio destinate ad usi agricoli, escluse quelle in cui -fermo restando il carattere agricolo delle stesse- il frazionamento delle proprietà richieda insediamenti da considerare come zone C);

F) le parti del territorio destinate ad attrezzature ed impianti di interesse generale.”

Si vede come il criterio funzionale viene in rilievo in relazione alle zone D, E ed F, mentre le condizioni dell'insediamento caratterizzano le zone A, B e C

²⁰⁹ M. Calabrò, cap. II, par. 12, in A. Police a M.R. Spasiano (a cura di) Manuale di Governo del Territorio, Torino 2016, p. 95. Ivi anche si evidenzia: “La ratio della pianificazione urbanistica non riposa nel mero coordinamento di potenzialità edificatorie, nella sola ordinata distribuzione di volumi e infrastrutture; l'esercizio del potere pianificatorio deve piuttosto concretizzarsi nella definizione di un vero e proprio “disegno” del territorio, della proiezione futura del suo sviluppo, tenendo conto delle potenzialità edificatorie non in astratto bensì in relazione alle effettive esigenze economico – sociali della comunità.”.

Sulla zonizzazione si veda: M. Miglioranza, *Le funzioni delle zone e degli edifici: individuazione e conseguenze*, Riv. giur. edilizia, fasc.6, 2005, pag. 245

²¹⁰ S. Amoroso, *Le destinazioni d'uso e l'uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in Riv. giur. urb., 2000, p. 252 osserva che “ai precetti del piano regolatore fu assegnata oltre alla tradizionale funzione di disciplinare lo *jus aedificandi* anche quella di disciplinare e – in sostanza – limitare lo *jus utendi* non solo negli edifici ma anche delle aree inedificate o inedificabili.”

²¹¹ Consiglio di Stato, sez. IV, 30/06/1998, n.998 a tal proposito ha precisato: “Il controllo della destinazione d'uso degli immobili costituisce una logica tutela della zonizzazione funzionale, ossia delle destinazioni impresse dal piano regolatore e dalle concessioni edilizie agli immobili, affinché le finalità perseguite dallo strumento urbanistico generale vengano nel tempo garantite e mantenute. Mentre in un primo tempo il controllo si era limitato alla morfologia delle costruzioni, ossia alla loro configurazione, tale da farne discendere un uso non qualificato, successivamente l'attenzione del legislatore si è invece rivolta anche all'uso effettivo che,

Un illustre autore riflette sul ruolo della pianificazione urbanistica e le destinazioni d'uso evidenziando che nel disciplinare i possibili utilizzi degli immobili si intende regolare non la proprietà ma l'iniziativa economica privata e che a tal fine sarebbero più indicati atti di disciplina del commercio e delle attività produttive²¹².

In effetti se la pianificazione urbanistica deve conformare i beni giuridici situati su un certo territorio è chiaro che essa deve essere sintesi di tutti gli interessi su quel territorio localizzati e deve comprendere non solo le trasformazioni fisiche ma ogni forma di godimento di tali beni che possa avere un riflesso sull'assetto complessivo delle aree prese in considerazione.

L'urbanistica deve essere sintesi di tutti gli interessi comprendendo e puntualizzando ogni disciplina di settore.

.Il mutamento di destinazione d'uso ed i provvedimenti amministrativi legittimanti tale mutamento: l'evoluzione della disciplina.

Pur essendo la disciplina delle possibili trasformazioni del territorio connessa e finalizzata alla disciplina delle diverse funzioni che ciascuna area del territorio deve assicurare, le riflessioni dottrinarie e gli interventi giurisprudenziali si sono soffermati, non tanto sulla disciplina degli usi prevista dal Piano regolatore, quanto su gli atti concreti che devono o meno legittimare una destinazione d'uso di un immobile piuttosto di un'altra e, a volte, la

senza alterare la morfologia della costruzione, venisse in essa a svolgersi."

²¹² P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano 2018 p. 161, afferma: "La disciplina dell'attività edilizia trova poi la sua giustificazione pubblicistica nel carattere permanente delle trasformazioni ch'essa comporta in un bene, il territorio, che è oggetto diretto della sovranità e ben può dirsi appartenere in quanto tale alla collettività; dove non c'è trasformazione durevole, anzi non c'è trasformazione di sorta, non c'è neppure legittima ingerenza della disciplina pubblicistica della proprietà."

successiva modifica della destinazione originaria.

Il piano regolatore individua infatti le diverse zone omogenee e determina così la funzione delle diverse aree territoriali, spetta poi al singolo atto amministrativo, che consente la trasformazione del territorio, abilitare nel caso concreto la singola destinazione d'uso.

Si è posto il problema di comprendere se fosse possibile poi modificare la destinazione d'uso e se fosse o meno necessario un atto amministrativo che abilitasse tale modifica.

La giurisprudenza amministrativa dei primi anni ottanta²¹³ affermava spettasse al proprietario e non all'autorità urbanistica scegliere, tra i diversi usi cui un immobile fosse astrattamente idoneo, quale uso farne in concreto il tutto naturalmente senza esecuzione di opere edilizie.

La contemporanea giurisprudenza del giudice penale aveva però un orientamento diametralmente opposto.

La Corte di Cassazione infatti, a sezioni unite²¹⁴, ha affermato che il mutamento della destinazione d'uso di un immobile, realizzato senza concessione edilizia e senza trasformazioni materiali e comportante il passaggio della destinazione dell'immobile stesso dall'una all'altra delle categorie previste dal d.m. 2 aprile 1968 n. 1444, ovvero previste dal locale strumento urbanistico, integra il reato di cui all'art. 17 lett. a) della stessa legge, poiché, nel primo caso, esso dà luogo ad una trasformazione urbanistica

²¹³ Consiglio di Stato sez. IV, 28/07/1982, n.525, in *Foro it.* 1982, III,329, nella stessa sentenza si precisava: "Il mutamento di destinazione d'uso dell'immobile non accompagnato da lavori di ristrutturazione non è soggetto a concessione o autorizzazione comunale; è, pertanto, illegittima la disposizione del piano regolatore che vieta in determinate zone che l'immobile sia destinato a studio professionale anche se il mutamento di destinazione non presuppone interventi di ristrutturazione edilizia, in quanto lo strumento di pianificazione urbanistica, in base alla normativa vigente, non può regolare fatti e comportamenti che non implicano modificazioni di destinazione strutturale degli immobili o del territorio."

²¹⁴ Cassazione penale sez. un., 29/05/1982 in *Riv. giur. edilizia* 1982, I,814.

senza concessione, ossia ad un'inosservanza dell'art. 1 della legge citata, e, nel secondo caso, ad un'inosservanza dello strumento urbanistico.

Successivamente l'art. 8 della legge 28.02.1985 n. 47 ha precisato che costituisce variazione essenziale rispetto al progetto approvato con la concessione edilizia il mutamento della destinazione d'uso che implichi variazione degli *standards* previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968 n. 1444. La stessa legge, all'art. 25, comma 4, attribuiva alla legislazione regionale il potere di stabilire, criteri e modalità cui dovranno attenersi i comuni, all'atto della predisposizione di strumenti urbanistici, per l'eventuale regolamentazione, in ambiti determinati del proprio territorio, delle destinazioni d'uso degli immobili nonché dei casi in cui, per la variazione di essa, sia richiesta la preventiva autorizzazione del sindaco. La mancanza di tale autorizzazione comportava l'applicazione di sanzioni ed il conguaglio del contributo di concessione se dovuto.

Tale impianto normativo è stato interpretato da un'importante sentenza della Corte Costituzionale che ha precisato che il mutamento di destinazione d'uso, comportante variazione degli *standards* previsti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, era soggetto a concessione solo se accompagnato da importanti modifiche strutturali, il mutamento di destinazione comunque accompagnato da qualsiasi intervento edilizio, per il quale non fosse stata altrimenti prevista la concessione, anche se solo interno, era invece assoggettato dall'art. 26 della legge n. 47 del 1985 al regime dell'autorizzazione, del mutamento di destinazione senza opere, si occupava invece l'ultimo comma dell'art. 25 della legge statale citata, la quale demandava al legislatore regionale di stabilire la disciplina che i Comuni

avrebbero dovuto concretizzare nel Piano regolatore²¹⁵.

In questa situazione la giurisprudenza ha precisato che, anche in assenza di legislazione regionale attuativa dell'art. 25 della legge 28.02.1985 n. 47, comunque non potessero ritenersi liberalizzati, nelle more, tutti i cambiamenti di destinazione, ancorché senza opere, qualora si fossero posti in manifesto contrasto con i vigenti assetti urbanistici di zona²¹⁶.

Successivamente, con la riforma apportata dall'art. 2 comma 60, n. 20 della legge 23 dicembre 1996 n. 662, è stato modificato l'art. 25 delle legge n. 47/1985 ed è stata attribuita alle Regioni la disciplina relativa ai mutamenti di destinazione d'uso²¹⁷.

Tale disposizione è stata poi sostanzialmente riprodotta dall'art. 10

²¹⁵ Corte Costituzionale, 11.02.1991, n.73, ove anche si afferma: “*Dal tenore di detta norma e dal suo collegamento con le altre citate si evince che la modifica funzionale della destinazione, non connessa all'esecuzione di interventi edilizi, può essere assoggettata soltanto al regime dell'autorizzazione, e solo dopo che i criteri, dettati dall'apposita legge regionale prevista dall'art. 25 citato, siano filtrati ed attuati in sede di pianificazione urbanistica comunale relativamente ad ambiti determinati. In altri termini l'assoggettamento, al controllo dell'amministrazione, del mutamento di destinazione, senza il concorso di opere edilizie, e, quindi, subordinato ad un preventivo apprezzamento di insieme del territorio diretto a verificare se dalla mutata utilizzazione possano effettivamente derivare situazioni di incompatibilità con il tessuto urbanistico. Apprezzamento, questo, che, richiedendo il concreto esame delle diverse situazioni ambientali, e possibile nel momento pianificatorio mediante strumenti, idonei sia ad assicurare il soddisfacimento delle reali esigenze di ciascuno degli ambiti territoriali considerati, sia a garantire di volta in volta, ai fini del rilascio o del diniego dell'autorizzazione, un'obiettiva e congrua valutazione ancorata a parametri predeterminati da detti strumenti.*”.

²¹⁶ Consiglio di Stato sez. V, 10.07.2003, n.4102 in *Riv. giur. edilizia* 2004, I, 642.

²¹⁷ L'art. 2 comma 60, n. 20 della legge 23 dicembre 1996 n. 662, statuisce: “*L'ultimo comma dell'art. 25 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 è sostituito dal seguente: "Le leggi regionali stabiliscono quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, subordinare a concessione, e quali mutamenti, connessi e non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti siano subordinati ad autorizzazione"*”.

comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380²¹⁸ tutt'ora vigente.

La dottrina ha giustamente osservato che in questo modo si operava una grave limitazione dell'autonomia comunale²¹⁹.

La esplicita ed incontrovertibile attribuzione alla potestà urbanistica del potere di disciplinare non solo lo *jus aedificandi* ma anche lo *ius utendi* ha portato qualche commentatore a lamentare che in questo modo si consentiva alla legislazione regionale di intervenire sulla disciplina del diritto di proprietà, violando così precisi criteri di riparto della potestà legislativa²²⁰.

In effetti l'intera attività urbanistica non può che sfociare in atti conformativi della proprietà, per cui è inevitabile che l'esercizio di potestà amministrative incidano sul contenuto di tali situazioni soggettive. Non si tratta di diritto regionale privato si tratta della disciplina di una potestà pubblica che fisiologicamente agisce conformando il contenuto di situazioni giuridiche soggettive private.

Vero limite costituzionale alla potestà urbanistica di conformare le situazioni giuridiche soggettive dei privati deriva invece dal fatto che la nuova disciplina non può assumere la cd. "valenza espulsiva", ovvero non può rendere illegittimo il mantenimento delle costruzioni regolarmente assentite che già esistono.

²¹⁸ L'art. 10 comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, statuisce: "2. Le regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a denuncia di inizio attività."

²¹⁹ G. Greco, *Uso e destinazione d'uso, tra precetti conformativi della proprietà e jus utendi*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 123.

²²⁰ S. Villamena, *La liberalizzazione dei mutamenti d'uso (indicazioni metodologiche)*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2012, p. 145: "Al fondo del tema qui esaminato si staglia un profilo problematico irrisolto inerente l'attribuzione costituzionale della materia. Infatti, se lo *jus utendi* è diretta emanazione del diritto di proprietà immobiliare, la relativa disciplina non può rientrare integralmente nella competenza regionale, non riesce cioè con facilità ad incrementare quel settore generale che si definisce con nuova espressione "diritto privato regionale"."

Un tanto farebbe assumere al provvedimento conformativo natura espropriativa.

In questo senso si è espressa sia la Corte Costituzionale²²¹ che il giudice amministrativo²²².

3) L'art. 23 ter del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

L'articolo 17, comma 1, lettera n), del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre

²²¹ Corte Costituzionale 29.12.1995 n. 529 in *Riv. giur. edilizia* 1996, I, 3, ha affermato: "Tuttavia, le limitazioni e i vincoli apposti dalla legge non possono superare quella soglia al di là della quale, come la Corte ha riconosciuto fin dalla sentenza n. 55 del 1968, il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico. La privazione della possibilità (in via assoluta e generale, senza alcuna valutazione di compatibilità concreta, circa il modo e l'entità degli interventi, con le esigenze di tutela ambientale), per il titolare del diritto di proprietà su di un immobile, di procedere ad interventi di manutenzione, aventi quale unica finalità la tutela della integrità della costruzione e la conservazione della sua funzionalità senza alterare l'aspetto esteriore dell'edificio, rappresenta certamente una lesione del contenuto minimo della proprietà."

²²² Consiglio di Stato sez. IV, 18.06.2009 n.4009, ha affermato: "le previsioni di P.R.G. che assolvono la funzione di impedire eventuali nuove costruzioni incompatibili "servono a conformare l'edificazione futura e non anche le costruzioni esistenti" al momento dell'entrata in vigore del piano o di una sua variante, alle quali la legge equipara i manufatti in via di edificazione sulla base di uno specifico titolo assentivo (cfr. Cons. St., sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2827; id., 12 luglio 2002, n. 3931).

La disciplina urbanistica contenuta nel P.R.G. è destinata infatti a svolgere i suoi effetti ordinatorii e conformativi esclusivamente con riferimento al futuro.

Le NN.TT.AA. sono, invero, atti a contenuto generale, recanti prescrizioni a carattere normativo e programmatico, destinate a regolare la futura attività edilizia (Cons. St., V; 6 marzo 2007, n. 1052).

D'altronde, le opere già eseguite in conformità della disciplina previgente, conservano la loro precedente e legittima destinazione, senza che sia nemmeno possibile impedire gli interventi necessari per integrarne o mantenerne la funzione (cfr. Cons. St., sez. V, 7 novembre 2005, n. 6201; id., 19 febbraio 1997, n. 176)."

Nello stesso senso: Consiglio di Stato sez. IV, 12 febbraio 2013 n. 830; Consiglio di Stato sez. IV, 9 luglio 2011 n. 4134; Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2008 n. 982.

2014 n. 164, ha inserito all'interno del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, l'art. 23 ter.

Tale articolo definisce le diverse categorie funzionali: residenziale, turistico-ricettiva, produttiva e direzionale, commerciale, e infine rurale e precisa che solo il passaggio dall'una all'altra costituisce mutamento di destinazione d'uso.

Si chiarisce inoltre che la destinazione d'uso di un fabbricato o di una unità immobiliare è quella prevalente in termini di superficie utile.

Si fanno salve le diverse previsioni da parte delle leggi regionali. Tuttavia si precisa che le regioni devono adeguare la propria legislazione ai principi di cui allo stesso articolo entro novanta giorni dalla data della sua entrata in vigore. Decorso tale termine, trovano applicazione diretta le disposizioni della legge statale.

Infine si stabilisce che, salva diversa previsione da parte delle leggi regionali e degli strumenti urbanistici comunali, il mutamento della destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale è sempre consentito²²³.

²²³ Su tale disciplina si vedano le considerazioni di P. Tanda, *La disciplina urbanistica del mutamento di destinazione d'uso tra sviluppo economico e tutela del territorio*, in *Riv. Giur. Ed.*, fasc.2, 2019, pag. 161 e ss.. Egli in particolare osserva che vi sono due aspetti decisamente stigmatizzabili in tale disciplina: il primo attiene alla circostanza che attraverso una norma inserita nel testo unico dell'edilizia si modificano, di fatto, disposizioni di carattere pianificatorio contenute; il secondo riguarda la circostanza che vengono equiparate la categoria produttiva e quella direzionale.

Sulla disciplina del mutamento di destinazione d'uso si vedano, tra gli altri, V. Domenichelli, *Uso degli immobili e strumenti di controllo (il mutamento di destinazione fra diritto ed equità)*, in *Le Regioni*, 1982, 1230 ss.; G. Morbidelli, *Disciplina urbanistica edilizia delle destinazioni d'uso degli immobili*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1982, II, 3; G. Greco, *La destinazione d'uso degli immobili e il relativo mutamento*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, p. 133 e ss.; P. Marzaro Gamba, *Sulla destinazione d'uso degli immobili e il suo mutamento senza opere e, in particolare, sull'attuazione solo parziale della disciplina statale in materia da parte legislatore regionale*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, p. 599A. Guizzi, *Il mutamento della destinazione d'uso*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1994, II, p. 51, E. Codini, A. Fossati, *Il mutamento di destinazione d'uso degli immobili*, Milano, 1997 E. Martinetti, *Rilevanza giuridico urbanistica del mutamento di destinazione d'uso meramente funzionale*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1997, 57 ss. S. Amorosino, *Le destinazioni d'uso e l'uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, p. 249

La giurisprudenza ha di conseguenza affermato che è giuridicamente rilevante solo il mutamento di destinazione d'uso tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, posto che, nell'ambito delle stesse categorie possono aversi mutamenti di fatto, ma non diversi regimi urbanistico-contributivi, stante la sostanziale equivalenza dei carichi urbanistici nell'ambito della medesima categoria. Il mutamento di destinazione d'uso all'interno della medesima categoria è assoggettato a SCIA²²⁴.

²²⁴ Cassazione penale sez. III, 26/06/2018, n.40678, ove: “*Questa Corte ha chiarito che la destinazione d'uso è un elemento che qualifica la connotazione del bene immobile e risponde a precisi scopi di interesse pubblico, di pianificazione o di attuazione della pianificazione. Essa individua il bene sotto l'aspetto funzionale, specificando le destinazioni di zona fissate dagli strumenti urbanistici in considerazione della differenziazione infrastrutturale del territorio, prevista e disciplinata dalla normativa sugli standard, diversi per qualità e quantità proprio a seconda della diversa destinazione di zona (Sez. 3, n. 9894 del 20/01/2009, Tarallo). L'organizzazione del territorio comunale e la gestione dello stesso vengono, infatti, realizzate attraverso il coordinamento delle varie destinazioni d'uso in tutte le loro possibili relazioni e le modifiche non consentite di queste incidono negativamente sull'organizzazione dei servizi, alterando appunto il complessivo assetto territoriale (Sez. 3, n. 24096 del 07/03/2008, Desimine; Sez. 3, Sentenza n. 35177 del 12/07/2001, dep. 21/10/2002, Cinquegrani Rv. 222740).*

Non è, perciò, sufficiente dimostrare che il mutamento della destinazione d'uso sia stato eseguito in assenza di opere edilizie interne, ma occorre dimostrare che il cambio della destinazione presenti il requisito dell'omogeneità, nel senso che sia intervenuto tra categorie urbanistiche omogenee perchè il cambio, allorquando investe categorie urbanistiche disomogenee di utilizzazione, determina, come nella specie, un aggravamento del carico urbanistico esistente. Pertanto, è giuridicamente rilevante solo il mutamento di destinazione d'uso tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, posto che nell'ambito delle stesse categorie possono aversi mutamenti di fatto, ma non diversi regimi urbanistico-contributivi stanti le sostanziali equivalenze dei carichi urbanistici nell'ambito della medesima categoria.

Va, quindi, conclusivamente ribadito che, in tema di reati edilizi, il mutamento di destinazione d'uso senza opere è assoggettato a SCIA, purchè intervenga nell'ambito della stessa categoria urbanistica, mentre è richiesto il permesso di costruire per le modifiche di destinazione che comportino il passaggio di categoria o, se il cambio d'uso sia eseguito nei centri storici, anche all'interno di una stessa categoria omogenea. (Sez. 3, n. 26455 del 05/04/2016 - dep. 24/06/2016, P.M. in proc. Stellato, Rv. 267106).

Il Consiglio di Stato in una recente sentenza, forse anche condizionato dalla fattispecie concreta su cui si è espresso, ha evidenziato che l'art. 23 ter del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 in effetti riconosce rilevanza al mutamento di destinazione d'uso che influisce sul c.d. carico urbanistico.

Ebbene ad avviso del giudice: *“l'aumento del carico urbanistico non si verifica solo in caso di modifica della destinazione funzionale dell'immobile, ma anche nel caso in cui, come nella fattispecie, sebbene la destinazione non venga mutata, le opere si prestino a rendere la struttura un polo di attrazione per un maggior numero di persone con conseguente necessità di più intenso utilizzo delle urbanizzazioni esistenti”*²²⁵.

²²⁵ Consiglio di Stato sez. IV, 13/11/2018, n.6388. Nel caso all'esame del giudice è stato realizzato un magazzino in una zona a destinazione artigianale. Tale magazzino era in effetti a servizio di un'attività di commercio all'ingrosso, svolta in altra sede, anziché a servizio di un'attività artigianale. Secondo le appellanti, la destinazione "a magazzino" sarebbe funzionalmente "autonoma" rispetto alla destinazione d'uso dei locali a servizio dei quali viene di fatto utilizzato poiché il *discrimen* tra la destinazione industriale e quella commerciale è data dall'accesso al pubblico, unico elemento determinante ai fini dell'incremento dell'impatto urbanistico, che assume rilievo quando genera un afflusso indistinto, non anche quando l'accesso è limitato ai soli trasportatori. Il Giudice non accoglie questa tesi e afferma: *“il Collegio ritiene che, ai fini della individuazione del mutamento di destinazione d'uso che causerebbe, in ragione del passaggio ad una diversa categoria funzionale, l'aumento del contributo di costruzione (oneri di urbanizzazione e costo di costruzione), non possa prescindere dalla valutazione dell'utilizzo in concreto dell'immobile e, nel caso in cui questo svolga una funzione servente per un diverso immobile, della natura e della destinazione d'uso di quest'ultimo.*

Il medesimo magazzino può determinare, pertanto, un differente carico urbanistico se è funzionale all'esercizio di attività produttiva, venendo utilizzato per la gestione di materiali derivanti da un fabbricato industriale, ovvero se è strumentale all'esercizio di attività commerciale, fungendo da deposito di prodotti finiti pronti per essere immessi nel mercato.

In quest'ultima ipotesi, invero, la gestione del magazzino si inserisce, come fase autonoma, nel ciclo della commercializzazione, svolgendo esso un ruolo di intermediazione commerciale, in quanto, mediante il deposito, viene di fatto regolato il flusso ed il deflusso delle scorte.

In tale ottica, la realizzazione del decentramento di una fase, quale quella della gestione dei magazzini dei prodotti finiti prima della loro immissione nella rete di vendita, presso un diverso immobile, piuttosto che esercitare la stessa all'interno

Tale sentenza pare dunque aprire alla possibilità di valutare separatamente il passaggio tra diverse categorie funzionali e carico urbanistico quando in effetti la disposizione legislativa è molto chiara nell'affermare che solo il passaggio tra diverse categorie funzionali è da considerarsi mutamento di destinazione d'uso.

4) attività degli enti del Terzo settore e disciplina delle destinazioni d'uso urbanistiche.

Da quanto sin qui richiamato si è appurato che la potestà urbanistica determina per zone omogenee le destinazioni d'uso e in relazione a queste disciplina lo *jus aedificandi* precisando se e in che misura le diverse aree sono modificabili e se le si può utilizzare per finalità diverse da quelle precedentemente in atto.

Vi sono però casi particolari in cui è lo stesso legislatore a stabilire che determinate attività sono sempre e comunque ammesse a prescindere da quanto stabilito negli atti di pianificazione.

Si tratta di attività che il legislatore considera di fondamentale importanza e che quindi possono essere realizzate nonostante eventuali diverse scelte pianificatorie.

del medesimo fabbricato in cui viene svolta l'attività di commercio all'ingrosso, non assume alcuna rilevanza ai fini della ponderazione dei relativi carichi urbanistici. Ciò, a fortiori, se, come nel caso di specie, i due immobili sono di proprietà della medesima società, ponendosi pertanto le due fasi all'interno del ciclo industriale di un unico soggetto.

Invero, la circolazione delle merci prodotte crea carichi urbanistici diversi da quelli collegabili alla produzione delle stesse nell'ambito ed all'interno della stessa struttura, con immediate ricadute sulla destinazione d'uso dell'immobile.

In conclusione, questo Collegio, conformemente a quanto espresso dal giudice di primo grado, ritiene che, alla luce della funzionalizzazione del magazzino all'attività commerciale, nella fattispecie in esame si sia verificato un mutamento di destinazione d'uso da "artigianale" a "commerciale"...

Non si tratta necessariamente di attività poste in essere da soggetti pubblici, al contrario, tra queste sono ricomprese le attività poste in essere dagli enti del terzo settore che sono soggetti privati.

Gli enti del terzo settore e l'attività da questi posta in essere è stata oggetto di recente di un'organica riforma²²⁶ operata dal decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 che tuttavia, per quanto qui ci interessa, ha confermato, un'analogia disposizione già vigente fin dal 2000.

L'art. 71 del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117, Codice del Terzo settore, dispone che *“Le sedi degli enti del Terzo settore e i locali in cui si svolgono le relative attività istituzionali, purché non di tipo produttivo, sono compatibili con tutte le destinazioni d'uso omogenee previste dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444 e simili, indipendentemente dalla destinazione urbanistica”*.

La disposizione, come evidenziato, sostanzialmente riproduce l'art. 32, comma 4, della legge 7.12.2000, n. 383²²⁷. Alcune sentenze del Giudice amministrativo²²⁸ hanno evidenziato che il legislatore esprime un *“intento promozionale di attività private di interesse pubblico”*, stante *“l'intrinseca meritevolezza delle finalità perseguite dalle associazioni di promozione sociale”*. Alla luce di tale finalità la disposizione legislativa va intesa come il

riconoscimento di una compatibilità *ex lege* dei locali dell'associazione di promozione sociale con qualsiasi zona omogenea di PRG e con qualsiasi destinazione d'uso, non essendo opponibili limitazioni derivanti dall'eventuale alterazione dell'assetto urbanistico esistente e di quello pianificato.

A tal proposito si è fatto riferimento al fatto che la legge statale determina, al riguardo, una eterointegrazione della disciplina comunale, la prima prevalendo sulla seconda²²⁹, ovvero ad un principio di indifferenza urbanistica²³⁰.

Tuttavia il giudice amministrativo non afferma affatto in modo univoco che le associazioni del terzo settore possano stabilire le loro sedi o svolgere la loro attività senza alcuna legittimazione da parte della Pubblica Amministrazione.

Come evidenziato da dottrina²³¹ e giurisprudenza²³² possono distinguersi una destinazione d'uso urbanistico, riferita alle categorie specificate dalla legge e dal d.m.

²²⁶ Su tale nuova disciplina si vedano per tutti: M. Clarich, B. Boschetti, *Il codice Terzo Settore: un nuovo paradigma, in jus-online, n.3/2018*, 28 ss.; P. Consorti., L. Gori., E. Rossi, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018; A. Occhino, *Volontariato. Diritto ed enti del terzo settore*, Milano 2019;

²²⁷ L'art. 32, comma 4, della legge 7.12.2000, n. 383, statuiva: *“La sede delle associazioni di promozione sociale ed i locali nei quali si svolgono le relative attività sono compatibili con tutte le destinazioni d'uso omogenee previste dal decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 16 aprile 1968, indipendentemente dalla destinazione urbanistica.”*

²²⁸ T.A.R. Campania, Napoli sez. VIII, 31.03.2014, n.1881; Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.11.2017 n. 5269; TAR per il Piemonte, sez. II, 08.03.2018, n. 286.

²²⁹ TAR per il Lazio, Sezione Seconda Bis, 10.09.2018 n. 9216.

²³⁰ TAR per il Piemonte, sez. II, 08.03.2018, n. 286, ove anche: *“In altre parole, si può affermare che l'insediamento di una associazione di promozione sociale non incide sull'assetto del territorio e, soprattutto, non ne comporta un mutamento definitivo: una volta che l'associazione abbandoni il locale in cui svolgeva la propria attività, questo torna ad essere soggetto a tutte le disposizioni previste dalla pianificazione comunale per quanto riguarda la destinazione urbanistica e la destinazione d'uso.”*

²³¹ P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano 2018, p. 157, evidenzia che con *“destinazione d'uso”* si indicano due concetti del tutto diversi secondo cui si riferisca ad un profilo più propriamente urbanistico, della destinazione che debbono assumere le aree libere per divenire componenti della città, ovvero ad un profilo più propriamente edilizio della funzione degli immobili esistenti. Nel primo caso si esprime la trasformazione consentita dal piano; nel secondo il tipo di godimento statico del proprio bene.

²³² Corte di Cassazione penale, Sez. III, 05.03.2009 n. 9894, ha precisato che: *“Lo strumento urbanistico rappresenta l'atto di destinazione generica ed esso trova attuazione nelle prescrizioni imposte dal titolo che abilita a costruire, quale atto di destinazione specifica che vincola il titolare ed i suoi aventi causa. Possono conseguentemente distinguersi: una destinazione d'uso urbanistico, riferita alle categorie specificate dalla legge e dal D.M. n. 1444/1968; una destinazione d'uso edilizio, che attiene al singolo edificio ed alle sue capacità funzionali.”*

n. 1444/1968 e una destinazione d'uso edilizio, che attiene al singolo edificio ed alle sue capacità funzionali.

Ebbene secondo il giudice amministrativo, pur essendoci nei confronti delle attività svolte dalle associazioni del terzo settore una compatibilità *ex lege*, comunque le stesse dovranno ottenere dal Comune il titolo edilizio legittimante e il Comune non potrà rifiutarlo lamentando la difformità rispetto alla destinazione d'uso impressa dal Piano urbanistico.

Pare quindi di comprendere che, in base al diritto vivente, la modifica di destinazione d'uso andrà comunicata al Comune attraverso uno degli atti previsti dalla normativa edilizia, poi però il Comune non la potrà negare lamentando un aggravio del carico urbanistico²³³.

²³³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 15.11.2017 n. 5269 osserva sul punto però che *“in generale non appare ragionevole l'assunto secondo cui l'attività ricreativa, quale quella dell'istante, possa di per sé aggravare il carico urbanistico della zona, rispetto ad un insediamento industriale.”* Il Giudice afferma che nel valutare il carico urbanistico l'ente locale non può vanificare la ratio della disposizione di favore.

T.A.R. Campania, Napoli, VIII, 24.05.2016, n. 2635 ha affermato: *“Invero, sempre in giurisprudenza (cfr. TAR Toscana, sez. III, 20.12.2012, n. 2105) è stato affermato che la normativa in commento non esonera dall'obbligo di prevedere, in un conforme titolo edilizio, le opere di trasformazione necessarie, “non rilevando nel vigente ordinamento giuridico, ai fini della valutazione del regime autorizzatorio applicabile, la qualificazione soggettiva del privato proponente.*

In sostanza, quindi, il citato art. 32 L. 383/2000 pone una compatibilità ex lege della sede e dei locali dell'associazione di promozione sociale con qualsiasi zona omogenea di PRG, ma poi la concreta modificabilità del precedente uso, ancorché senza opere, quando non sia tra categorie funzionali omogenee, deve essere assentita in un apposito permesso di costruire, mediante il quale la P.A. possa, oltre che verificare i presupposti allegati dal richiedente circa la riconducibilità della situazione proprio al paradigma dell'art. 32 L. 383/2000, anche verificare l'eventuale maggiore incidenza sotto il profilo urbanistico-edilizio del nuovo uso, ai fini del calcolo della differenza dei relativi oneri.”

TAR Toscana, sez. III, 14.02.2019 n. 235, ha affermato: *“Invero, non è in discussione che la localizzazione della sede di un circolo ove viene svolta un'attività riconducibile a quelle del cd. Terzo settore sia compatibile con ogni tipo di destinazione urbanistica e sotto tale profilo è inibito al Comune l'esercizio di qualsivoglia attività repressiva. Ciò che rileva è che il cambio di destinazione va congruamente segnalato all'amministrazione a mezzo di una SCIA onde quest'ultima possa eseguire le necessarie verifiche ai fini del rispetto delle normative in materia di sicurezza, igiene, salubrità, conformità alle*

Quanto all'identificazione dei soggetti che possono avvalersi di tale disposizione di favore il decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117, all'art. 4 indica le caratteristiche che devono avere gli enti del terzo settore e all'art. 5 si indica quali sono le attività meritevoli da essi svolte che possono essere qualificate di interesse generale e quindi godere del sostegno pubblico²³⁴.

prescrizioni in materia di accessibilità delle persone disabili, rispetto della normativa antincendio ecc.”.

Nello stesso senso Il TAR per la Lombardia 18.06.2019, n. 1411.

Da ultimo si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 28.10.2019 n. 7350, ove:

“Va quindi ribadito il principio già espresso dalla giurisprudenza più accorta, secondo cui all'Amministrazione va sempre riconosciuto il potere di verificare la compatibilità del mutamento di destinazione d'uso con le disposizioni urbanistiche locali, oltre che con le condizioni di sicurezza, igiene e salubrità. La portata derogatoria dell'art. 32, comma 4, l. n. 383 del 2000 non consente, infatti, di trascurare la valutazione della compatibilità urbanistica e dell'eventuale aggravio del carico urbanistico derivante dal cambio di destinazione d'uso di un immobile nonché, ancor di più, la sussistenza dei requisiti igienico sanitari, frutto di superiori interessi pubblici connessi agli stessi sottesi all'incentivazione delle attività di promozione sociale in essere.

Peraltro, anche optando per la tesi secondo cui la norma invocata (art. 32 comma 4 cit.) consenta tout court la deroga alla destinazione urbanistica, sia in termini letterali che funzionali la norma stessa non può essere oggetto di estensione analogica oltre la propria portata, che all'evidenza non si estende alla possibile deroga dei requisiti igienico sanitari. Né d'altronde tale interpretazione, contraria alla lettera della norma, sarebbe compatibile con i principi costituzionali, che assicurano carattere fondamentale al diritto alla salute ed alla connessa disciplina attuativa, avente valore di ordine pubblico.”.

²³⁴ TAR per l'Abruzzo 25.10.2019 n. 519 ha riconosciuto che anche un'attività di campeggio, riservata ai soci da un ente del terzo settore può beneficiare del principio di indifferenza urbanistica. Secondo il TAR *“l'art. 32, comma 4, della legge n. 383 del 2000 e l'art. 71 del d.lgs 117/2017 si riferiscono non solo ai “locali”, ma anche alle “sedi”. Quest'ultime, per le attività come quella di sosta dei camper, che può essere ontologicamente svolta solo all'aperto, non possono che farsi coincidere con le aree scoperte.*

Orbene, tra le attività incluse nell'elenco, che sono considerate di interesse generale, vi è la “gestione di attività turistiche di interesse sociale” (art. 5, comma 1, lett. k) ovvero quelle attività perseguite da enti privati “costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”.

Il camping non è quindi una struttura ricettiva propriamente detta, non riservata ai soci e aperta al pubblico, ma si tratta di un'area messa a disposizione dei soli soci, il che consente di configurare l'attività svolta come attività di promozione sociale ovvero di attività turistica di interesse

In particolare l'attenzione degli operatori e della giurisprudenza si è soffermata, tra l'altro, sull'attività di culto.

L'art. 4, comma 3, del d. lgs. 3 luglio 2017 n. 117, precisa che agli enti religiosi civilmente riconosciuti le disposizioni promozionali del decreto si applicano limitatamente alle attività di interesse generale che essi svolgono e soltanto se, rispetto a tali attività, l'ente costituisca un patrimonio a ciò destinato e tenga separatamente le relative scritture contabili.

Il Giudice amministrativo, a tal proposito, ha evidenziato che la mera attività di culto non rientra tra le attività di interesse generale che possono godere delle disposizioni di favore previste dalla normativa di settore²³⁵.

sociale."

In senso contrario tuttavia Il TAR per la Lombardia – Brescia, 04.01.2017, n. 21, con affermazione meramente incidentale statuisce: *“La norma infatti si riferisce ad una “sede” e a “locali”, e non può essere interpretata in senso tanto ampio da comprendere anche una struttura ampia e complessa come il campeggio in questione.”*

²³⁵ Cons. Stato Sez. V Sent., 15.01.2013, n. 181 ove si afferma: *“l'eterogeneità fra l'attività di culto e le finalità di promozione sociale dell'Associazione inizialmente iscritta nel registro delle APS costituisce argomento decisivo idoneo a caratterizzare (in negativo) l'associazione appellata, nel senso dell'impossibilità di riconoscere alla medesima l'esercizio delle finalità di promozione sociale per ottenere l'iscrizione cui essa aspira e i benefici che vi sono normativamente correlati.”*. ... *“Pertanto, ove, come nella specie, non venga specificamente dimostrato un vincolo strumentale dell'attività di culto rispetto alle attività di promozione sociale che l'associazione intende realizzare, si rischierebbe di consentire un utilizzo del tutto strumentale ed opportunistico della normativa di estremo favore sopra richiamata per porre un edificio destinato al culto in qualsiasi parte del territorio comunale.”*

Nello stesso senso di recente TAR per la Lombardia Sez. II 30.09.2019 n. 2053, ove si precisa: *“La questione dell'uso di immobile come luogo di preghiere e della relativa compatibilità con la destinazione d'uso, è già stata affrontata da questa Sezione, in casi simili (sent. n. 2018/2018 e sent. n. 1411/2019).*

E' stato affermato che il passaggio da una categoria (in questo caso si trattava di un negozio e quindi riconducibile alla categoria commerciale) a luogo di culto comporta un non indifferente aggravio del carico urbanistico, per cui è irrilevante verificare se tale modifica sia avvenuta con l'effettuazione di opere edilizie”.

Anche il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con una recente circolare²³⁶ ha affermato che le attività di culto sono “altro” rispetto a quelle disciplinate dal Codice del Terzo Settore.

Ulteriormente il Ministero ha sottolineato che la deroga dell'art. 71 del d. lgs. 117/2017 è limitata alle aree ove le associazioni del terzo settore svolgono le attività istituzionali. Esse *“devono intendersi infatti quelle previste dallo statuto come oggetto principale del rapporto sociale, attraverso le quali ciascun ente persegue le finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale che lo caratterizzano come Ente del Terzo settore. Tali attività sono quindi, da identificarsi nelle attività di interesse generale ex art. 5 del Codice del Terzo settore, che in quanto tali godono, purché svolte senza fine di lucro e in conformità alle norme particolari che ne disciplinano l'esercizio, del particolare “favor” del legislatore.”*

Anche da ciò deriva la conclusione secondo cui è necessario *“qualora un locale (fosse anche la sede di un'associazione di promozione sociale) venga adibito in maniera sistematica e organizzata allo svolgimento di celebrazioni religiose o altre attività di culto, che ciò avvenga in assenza di deroghe rispetto alla ordinaria normativa urbanistica in materia di destinazione d'uso.”*

Si deve infine segnalare che nel nostro ordinamento vi è almeno un altro caso di indifferenza urbanistica rispetto ad una determinata attività svolta da privati ma riconosciuta di interesse generale.

Si tratta delle infrastrutture per impianti di comunicazione elettronica la cui realizzazione è disciplinata dagli artt. 86 e 87 del d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259, come successivamente modificati e integrati²³⁷.

Queste disposizioni disciplinano il procedimento attraverso il quale in Italia

²³⁶ Si tratta della nota protocollo n. 3743 del 15 aprile 2019, in risposta a un quesito avanzato dalla Direzione Generale Cura della persona, salute e welfare della Regione Emilia Romagna

un operatore può ottenere l'autorizzazione necessaria a realizzare infrastrutture destinate alla telecomunicazione.

In particolare il terzo comma dell'art. 86 del d. lgs. 1 agosto 2003, n.259 e succ. mod. e int precisa che tali infrastrutture *“sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, pur restando di proprietà dei rispettivi operatori, e ad esse si applica la normativa vigente in materia.”*.

Da tale disposizione deriva pertanto che l'installazione di tali manufatti è compatibile con qualunque destinazione di zona prevista dal Piano regolatore²³⁸.

Si tratta pertanto di due ipotesi del tutto diverse, quella dell'attività posta in essere degli enti del terzo settore e quella delle infrastrutture di telecomunicazione, ma accomunate dalla volontà del legislatore di impedire che in sede di pianificazione urbanistica gli enti locali possano ostacolare o rendere impossibile lo svolgimento di attività cui il legislatore riconosce speciale meritevolezza.

Il legislatore in sostanza riconosce che lo svolgimento di queste attività, poiché garantiscono la realizzazione di importanti interessi che vengono in tal modo riconosciuti come pubblici, debba

prevalere anche su differenti indirizzi e decisioni assunte dall'ente locale al momento della pianificazione degli usi del proprio territorio.

A tal fine si ritiene sacrificabile un frammento, sia pur piccolo, di potestà urbanistica e con esso un frammento, sia pur piccolo, di autonomia comunale.

²³⁷ Modifiche e integrazioni all'art. 86 del d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259 sono state apportate dall'articolo 2127, comma 2, del D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, dall'articolo 66, comma 1, del D.Lgs. 28 maggio 2012, n. 70 dall'articolo 6, comma 5-*quinquies*, del D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 novembre 2014 n. 164, dall'articolo 12, comma 2, del D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 33,

²³⁸ Tra le tante, Cons. Stato, sez. VI 27 aprile 2017 n.1943, ha affermato che tali impianti sono suscettibili di essere ubicati in qualsiasi parte del territorio comunale, non sono soggetti in linea di massima ai limiti di altezza e cubatura delle costruzioni circostanti, ed anche rientrano nel *genus* delle opere urbanistiche che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e) d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, non realizzano superfici utili o volumi utili e pertanto, in forza dell'art. 167, commi 4 e 5, d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 possono essere oggetto di rilascio dell'autorizzazione paesistica postuma. Il tutto perché *“l'interesse pubblico, connesso alla realizzazione di una capillare rete di trasmissione, recede solo a fronte di specifiche disposizioni poste a tutela di interessi collocati al vertice dell'ordinamento pubblicistico”*.

CLIMATE CHANGE AND THE NEW GREEN DEAL

Tulio Rosembuj

ABSTRACT.

Climate change is not a theory. The systemic risk is here, and that means that we have to challenge bad times through regulation and taxation. The regulation claims a return of a command and control approach in terms of environmental public and social governance. It is useful the idea of a New Green Deal, including law, expropriation, confiscation, and taxation. We should face a public good as a whole, for the good environmental protection. In a matter of taxation it is necessary a set of Pigouvian taxes: an in-depth Carbon Tax, a Real Profit tax on Corporation, fighting tax evasion and avoidance, and the exam of new taxes as the Value Added Pollution Tax and an approach to Plastic taxation on producers and wholesalers.

1. NOT GOING MORE.

The United Nations confirms the grave concern about climate change.

The average global temperature for 2015-2019 is on track to be the warmest of any equivalent period on record. Sea level rise is accelerating.

CO₂ emissions from fossil fuel use continue to grow by over 1% annually and 2% in 2018, reaching a new high. Fossil fuels dominate the global energy system.

Increase on CO₂ concentrations continue to accelerate. Emissions are not estimated to peak by 2030 let alone 2020. Record of 37 billion tones of CO₂ in 2018. 2% annual growth in CO₂ emissions.

Climate impacts hitting harder and sooner than predicted a decade ago.

"Consolidated evidence (on climate, extreme weather, oceans, and land) reinforces human influence as the dominant cause of changes to the Earth system, in a new geological epoch, the Anthropocene."

"Only immediate and all-inclusive action encompassing: deep decarbonization complemented by ambitious policy measures, protection and enhancement of carbon sinks and biodiversity, and efforts to remove CO₂ from the atmosphere, will enable us to meet the Paris Agreement ." (1) (*United in Science. High-Level synthesis report of latest climate science information convened by the Science Advisory Group of the UN Climate Summit 2019, September 2019*).

The description of the UN International Panel on Climate Change (IPCC) Global Warming of 1.5° C confirms a dramatic future in the evolution of climate change and, in general, of the global environment. We are facing a systemic challenge of general risk for survival, whose response must be measured, at most, in decades, not centuries. (2) (*Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) 2019 Special Report*). Limits to sustainability and growth are at the breaking point is achieved if not preserve the global warming to 1.5 ° C above the pre-industrial level. And this supposes a continuous increase of the environmental damages that will be translated into a geometric demand of economic resources, if one aspires to the mere repair, whenever it is possible.

The environmental damage is not episodic, but it alters the functioning of all markets, countries, and people persistently and systemically. The installed environmental damage synchronously affects air, soil, water, waste. The climate change crisis is the engine of the foreseeable global ecological crisis.

The transition requires total efforts in most aspects of society: there is no sustainability, if any, if it is not possible, in this decade, to limit the warming to 1.5.° C.

The atmospheric concentration of CO₂ in the atmosphere contributes more than 80% to greenhouse gas. Its increase is gradual, unstoppable from the emission into the air until its burial in the oceans and the earth. Methane is the second contributor, be it from humid areas, ruminants, rice agriculture, exploitation of fuel of fossil origin, incinerators. The third contributor is a nitric oxide, derived from the use of fertilizers, biomass.

The Paris Agreement endorsed fiscal measures to bring about the minimization in emissions, basically, by imposing a cost on carbon through taxation or an emission trading system. (3) (*Paris Agreement, 12 December 2015, under the United Nations Framework Convention on Climate Change*).

2. FROM THE MARKET TO GOVERNANCE.

Sustainability aspired so far to preserve the existing, against deterioration of good environmental - water, soil, air, waste -, but the extent of environmental damage and acceleration of the destruction of good environmental, suggests the urgent need of public, private, social activity policy. There is no time for sustainability, I mean. Its moment is already part of the past. Sustainability is read as survival, which is already as an objective.

Environmental policy based on the market has failed, and any other direction can be derived only from the sphere public and social.

The environment requires something similar to "Base Erosion and Profit Shifting Action Plan" (BEPS) conceived by the G20-OECD. (4) (*Addressing Base Erosion and Profit Shifting, Paris, 12 february, 2013*)

The public sector bears the protection of the public good, eliminating the arbitrariness of others on the freedom and dignity of citizens. Said in more transparent words, an ideology of war economy is imposed in the fight against climate change. The public good allows common purpose and coercion whenever the freedom and dignity of citizens are at risk: planning, taxes, expropriation, confiscation, eminent domain declaration. (5) (*Arthur Ripstein, Force and Freedom, Harvard University Press, 2009*)

Climate change cannot be tackled without a madly broad new green pact, whose objective is the reform and protection of environmental policy in its entire spectrum, subjecting and adjusting the market to other priorities than those of making money with environmental damage.

The State, by itself, is insufficient. The model must appeal to governance, to shared teleological guidance, based on consensus, participation, shared and understood the effort, from public initiative through different levels, to the involvement of private economic agents and society civil in general. It is not

only or exclusively the administrative diktat, but everyone's contest to reduce and mitigate climate change at every machine and face all the challenges together.

Economic market incentives have failed. There is not even agreement on the quantum of a generalized and global Carbon Tax. To this is added that the subsidies and incentives granted have not paid off, such as the issuance of emission rights, self-regulation codes, and the voluntary reduction of industrial, hazardous waste. The purpose of the Paris Agreement to reach the zero level of greenhouse gas emissions in the second half of the century does not seem well underway. The crisis and the environmental disaster, according to the UN, can be precipitated before as a global and systemic risk.

First, the great polluting nations must assume their responsibility for climate change. There are no excuses or shortcuts for the claim of the latter to pollute as much as the former did. Because their delay does nothing more than accelerate carbonization, the inequality between countries, global poverty. The Amazon, indeed, summons, the res communis of the planet, that not only of the Brazilians, because its destruction displaces environmental catastrophe on the others. Well, they are indeed the significant pollutants that were, those who must compensate the newcomers, to change their behavior. Otherwise, the results will not come. The global public good, imposes a brake on polluting economic developmentalism and parallel creative financing for its effort.

Second, the responsibility of private polluters is greater. The inefficiency of economic market incentives should give way to more pervasive instruments of environmental protection: tax, expropriation, confiscation, public domain.

Heede states that almost two-thirds of carbon dioxide and methane emissions originate from a small number of large industrial producers, in particular, 83 producers of coal, fuel, natural gas, and seven cement companies. (6) (*Heede, Mera. Allen, Frumhoff, Dalton. Boneham. Exwurz. The rise in global atmospheric CO2, surface temperature, and sea level from emissions traced to major carbon producers, Climatic Change, October 2017, 144.4.*)

This identifiable and individualized responsibility requires not only Carbon Tax but, eventually, measures of high public coercion: expropriation,

confiscation, or conversion of private property into the eminent public domain, prohibitions, and rationing. That responsible produce and market fossil fuel were knowing the damage and the threat that their behavior poses to others.

35% of the total greenhouse gas emissions, both carbon dioxide from fuels and cement emissions, correspond to twenty large companies, public and private. Gigatone means one billion tons of carbon dioxide equivalent. They are 480 Gigatons of carbon dioxide equivalent.

Entity	MtCO _{2e}	% of global
1. Saudi Aramco, Saudi Arabia	59,262	4.38%
2. Chevron, USA	43,345	3.20%
3. Gazprom, Russia	43,230	3.19%
4. ExxonMobil, USA	41,904	3.09%
5. National Iranian Oil Co.	35,658	2.63%
6. BP, UK	34,015	2.51%
7. Royal Dutch Shell, The Netherlands	31,948	2.36%
8. Coal India, India	23,124	1.71%
9. Pemex, Mexico	22,645	1.67%
10. Petroleos de Venezuela (PDVSA)	15,745	1.16%
11. PetroChina / China Natl Petroleum	15,632	1.15%
12. Peabody Energy, USA	15,385	1.14%
13. ConocoPhillips, USA	15,229	1.12%
14. Abu Dhabi, United Arab Emirates	13,840	1.01%
15. Kuwait Petroleum Corp., Kuwait	13,479	1.00%
16. Iraq National Oil Co., Iraq	12,596	0.93%
17. Total SA, France	12,352	0.91%
18. Sonatrach, Algeria	12,302	0.91%
19. BHP Billiton, Australia	9,802	0.72%
20. Petrobras, Brazil	8,676	0.64%
Top Twenty	480,168	35.45%
Global	1,354,388	100.00%

Source: *Climate Accountability Institute, 2019.*

"Twenty companies have collectively contributed 480 billion tonnes of carbon dioxide and methane, chiefly from the combustion of their products, equivalent to 35% of all fossil fuel and cement emissions worldwide since 1965 (global total of 1.35 trillion tCO_{2e})." **(7)** (*R.Heede, Climate Accountability Institute, October 9, 2019, Carbon Majors: Update of Top Twenty companies 1965-2017*)

The environmental damage derived from the emissions of the products of private economic agents demands responsibility. Negative externality must be internalized. But, it would be a mistake to interpret that the environmental mortgage should only fall on only and exclusively on some companies, although the most harmful. The landscape is more populated: construction, vehicles, urban planning, land use, animal feed, industrial plastic, fertilizers, pesticides. The environmental mortgage must be paid between all, differently, and in the proportion that is agreed and obligatorily subject to the full discipline of the

exploitation of natural resources according to the public and common good.

"Climate change, like a world war, is no ordinary crisis; the stakes are as high as can be. Effective solutions are at hand- a good and sane transition could begin tomorrow- yet it seems more likely that the instinct of the gut will prevail over the mind 's most detailed plans. Profit will prevail once again over prudence." **(8)** (*Troy Vettese, Climate Gut Check, December 11, 2018, Boston review.*)

The predominance of profit over prudence, which was the cause of the financial crisis of 2008, is the penultimate warning that nature offers us to avoid the systemic crisis of the global environment. The survival of people, of countries, of species, is priceless. Something more is required, a commitment to political, social, and economic governance that addresses everything essential without exaggerated assignments, attentive to the fact that we are facing

the dilemma of environmental conservation, which is probably the public and common good par excellence. "It is incumbent on companies that value their social license to operate to respect climate science, manage corporate risks accordingly, commit to reducing future production of carbon fuels and their emissions in alignment with the Paris Agreement pathway under 1.5 ° C (net-zero by 2050), support the decarbonization of the global economy, and shift their capital investments toward renewables, carbon sequestration, and low-carbon fuels in line with science-based targets." (9) (R.Heede, *Climate Accountability Institute*)

3. FROM GOVERNANCE TO THE NEW GREEN.

The decarbonization of the global economic system includes the change of the policies of production of electricity and heat, clean industries, transport, urbanization and buildable, and, last but not least, the use of land, water, the restriction of the areas of animal feed and cultivation, reforestation. That is, decarbonization means changing the existing industrial, agricultural, productive economic model and replacing it with another one that is still in the making.

Climate change is caused by human activity; it causes an increase in fire, an increase in sea level, droughts, and other extreme weather events. Global temperatures must be maintained below 1.5. Degrees to avoid the severe impacts of climate change, to reach net global emissions from zero by 2050.

In February 2019, I to House of Representatives of the US, at the behest of Alexandria Ocasio-Cortez, passed a resolution in favor of a Green New Deal. (10) (*H.Res. 109 –Recognizing the duty of the Federal Government to believe a Green New Deal, 116th Congress.*)

The doctrinal basis is that of the UN and the Paris Agreement.

There are four objectives: achieve zero greenhouse gas emissions; create jobs of public and private actors to undertake, invest in infrastructure and industry; ensure everyone: clean air and water; resistance to climate change: healthy eating; access to nature; sustainable development; promote justice and equity in the most vulnerable communities.consultation,

collaboration, and partnership with frontline and vulnerable communities, labor unions, worker cooperatives, civil society groups, academia, and businesses. "

The plan has a horizon of ten years and includes clean water. Energy, transportation and manufacturing systems, pollution, mitigation for air, water, soil, climate change mitigation, development of sustainable agriculture, conservation of endangered ecosystems, and biodiversity.

A defense against climate change disasters is required; the repair and improvement of the infrastructure; reach 100% of the demand power through clean, renewable and zero-emission energy sources; development of the distribution of the electricity grid ensuring its access; improvement of the efficiency of the buildings , water, safety, durability; promotion of the massive growth of clean manufacturing and removal of pollution as much as technologically feasible.; collaboration with farmers and ranchers to eliminate pollution from the agricultural sector, land use and increased soil health, transportation reform, investment in zero-emission vehicle infrastructure; public transport; high-speed trains, protection of natural ecosystems, increased carbon storage in the soil, afforestation and reforestation; biodiversity protection; cleaning of hazardous waste locations .

The New Green Deal demands a public, private, social, wide-ranging agreement on all sectors that contribute to environmental damage and in that sense has the merit of the total response to a problem that is not only part of the market, for signs that it is, but covers the entire operation of the market.

4. FROM THE NEW GREEN AGREEMENT TO INNOVATIVE FINANCE.

The New Green Deal has, above all, the merit of the framework: the new global social contract or it is green, or it will be nothing. Its success, beyond the doctrinal discussion, is to have put climate change at the center of universal concern and immediate and concrete political priority.

The New Green Deal is an interesting proposal because it dares to materialize in political terms what

until now are scientific abstractions or first legislative initiatives, mostly for the elaboration of the UN or the Paris Agreement. It is an act, say it, of political courage. It is also offered as an instrument of public governance, open to inclusive collaboration, of unions, cooperatives, civil society groups, scientists, and business people.

Its main restriction is that it does not anticipate or advance the financing of the transition to a society free of climate change. It is a pact or without quantification, which risks turning it into wishful thinking.

Innovative finance implies the presence of new instruments and mechanisms of substantial and stable flows of public resources. Its particularity is the purpose that inspires it: there is innovative finance provided that the fund is functionally aimed at resolving negative externalities or, better yet, to protect a public good of freedom and dignity of the person.

Climate finance is innovative by definition; it brings together the resources that catalyze the development resistant to climate change and low carbon use, covering the costs and risks of climate change, facilitating the capacity for adaptation and moderation and stimulating research and development of new Clean technologies. What makes it remarkable is the urgency.

The worsening of global emissions requires a direct restriction towards the decarbonization of the environment and energy — renewables and carbon sequestration. Therefore, new resources are needed in the transition economy. And the environmental tax does not hide its prominence.

The financing of the new green pact pays the Pigouvian taxes, but also the coercive regulation of specific sectors, to the limit of their expropriation or confiscation, the declaration of eminent domain, and the strict mandates of activity and prohibitions.

There are no options to be excluded in advance. Environmental taxation should tax inputs or outputs along with the principle of environmental damage. It is not enough neither true to disregard this kind of taxes, under the opinion of a likely negative impact on industrial competitiveness and risk of production. The experience shows that there were no problems of competitiveness for those countries who had chosen environmental taxation as a way to preserve it. (Sweden, Denmark, Finland, Norway) The same can

be said, applying a wholesale tax on several harmful items, e.g., plastic items But not always the consumer taxation represents the best and most efficient way to fight the climatic change.

5. PIGOUVIAN TAXATION

Some authors unite their contribution to a word, who turn on the cultural imaginary and survive, sometimes unfairly, to the rest of their work. Schumpeter and innovation or Pigou and welfare state or Pigouvian tax, for environmental tax. **(11)** (*Tulio Rosembuj, El Impuesto Ambiental, Barcelona, 2013*)

Precisely, ACPigou is the one that during the first thirty years of the last century, faces the divergence in the market between private cost (product) and social cost (product). The glorification of the company does not always result in a favorable result to the general interest. It can be filled by public correction of the particular action, either by a prize or by the tax. And this occurs because there are external effects that are not controlled, external economies that harm or benefit others, externalities that can be negative (harmful), or positive (advantageous) for others.

The Pigouvian tax is the response to the internalization of social costs caused by excess systemic risk not assumed by those responsible. When the social cost of action exceeds its private cost, a tax equal to the difference between the two can correct the result of the market. The tax induces to internalize the costs of its behavior, to reduce its activity. Schwartz defines it as responsibility failure.

Economic activity causes unpaid social costs. They can be secondary or incidental - smoke, noise, odors - or substantial - the event itself produces undesirable effects on the chain, v, g, climate change.

The individual does not compensate or reimburse for their social cost, and therefore, only the intervention can save the market failure. The Pigouvian tax has as its axis the function of neutralizing environmental damage.

The environmental tax is offered as an instrument of regulation and collection. Didactic is not enough or sufficient if it is intended to internalize costs not assumed. It is necessary to collect because otherwise, the aesthetic agreement and systematic disobedience are installed.

The tax should be collected based on the damage caused by economic activity in the sustainable value of the collective environmental good, and if, also, the behavior of commercial agents changes, even better.

The role of the tax should not be overestimated. But, its message to civil society is clear and resounding. Some damages harm third parties; there are charges that move on others, without satisfying the costs. That is why the burden must be charged. The economic capacity, the sustainable value, is the conservation and continuity of the collective environmental good (water, soil, air, natural resources). After all, taxes are not created to make friends.

However, from the first Nordic experiences, it is convenient not to identify environmental tax with higher fiscal pressure. One thing does not necessarily lead to the other. The environmental tax contributes to public spending, and, simultaneously, ordinary taxation on labor, the benefit, saving, can be reduced so that, in the end, the existing tax burden is not increased. It is not easy or straightforward. Still, neither is it to remain without arguments in the face of environmental, social, economic deterioration, unless a model is defended predatory of the environment, of the people, of the species. The alleged loss of international competitiveness does not prevent it. Curiously, contrary to what is thought, the best competitiveness corresponds to those vanguard countries in environmental taxation and guidance.

The environmental tax proposes a real challenge to the tax law, forcing to reexamine the extension of the principle of economic capacity in terms other than those recognized by the market. It is no longer about income, wealth, or consumption, but about environmental damage, adequately valued. But, not only. Its foundation - negative externality - imposes the consonant reading of the principle of equality. Indeed, there is no treatment parity if there are charges - harmful - that are not supported by the one that produces them, moving them over the others, without compensation from you.

In other words, why should each person absorb smoke, smell, noise, health damage, a decline in their social welfare caused by someone in their interest? Or why destroy nature's economy by pure economic calculation?

Conversely, both civil society and the market must bear the benefits that derive from the creation of social advantages by rustic, forestry, family farming

owners. It is not fair that the conservation and sustainability costs borne by some individuals are not carried for those who benefit from us. It is nothing original to defend the payment of those who harm and the collection of those who offer welfare to others.

The UN Climate Change Report suggests some policies for accelerated decarbonization, on the one hand, tax reforms and on the other political instruments for specific sectors. (12) (*A Climate Action Summit, 2019., cit. P.24*).

In tax matters, it includes both taxes and emission permit systems, with the common objective of setting a "single and intersectoral price of coal, together with the progressive reduction of subsidies for fossil fuels. For acceptance, they must consider a social balance and benefit low-income families. "

Sector policy suggests new principles and practices, incentives, a moratorium on traffic, building, and energy sectors can mediate in the market, in its failures, and correct development towards a sustainable direction.

Despite its title - Ambitious political measures - it does not seem that ambition looks. They are measures without luster, which will hardly serve to prevent the environmental crisis of 2030. Indeed, the discourse of the economic incentives of the 1990s cannot be sustained as a master alternative to the climate crisis. It is an insufficient account.

What seems clear, and at the same time, visible, is that the economy of the New Green Agreement is not free: it requires a lot of money and that money, fundamentally, must come from taxes. The tax battery includes not only indirect taxation but also direct taxation and not only specific but general taxes.

First, the general indirect taxation of the Carbon Tax. Second, the general direct taxation of the Real Corporate Profits Tax.

Third, the general Pollution Value Added Tax.

Four, a direct taxation on plastic pollution.

5.1. THE INDIRECT TAX OF CARBON TAX.

The Carbon Tax is the example of a Pigouvian tax par excellence. It comes from innovative financing with the dual purpose of collecting and changing behaviors

and facilitating less tax pressure in other economic sectors. - Double dividend-. The double dividend, which is one of the indicators of innovative finance, means that tax revenues not only generate public resources and modify behaviors, but also, that allow other taxes to be reduced that may cause distortions on the offer of employment, investment or consumption (Pearce) (13) (Tulio Rosembuj, *Los tributos y la protección del medio ambiente, Madrid, 1995*)

The first global challenge of the environmental tax has been and is the CO₂ tax since it knew how to precede what is now the severe problem of climate change. Its superiority of application is recommended concerning other mechanisms such as emission rights, whose experience, so far, in the European Union, they define the market like a lottery from which they are beneficiaries precisely those that caused and caused pollution.

The basis of the tax is to tax atmospheric gases that cause climate change and global warming. The primary greenhouse gases are carbon dioxide (CO₂), methane (CH₄) and nitrous oxide (N₂O); also, hydrofluorocarbons (HFCs), perfluorocarbons (PFCs) and sulfur hexafluoride (SF₆).

The purpose is the moderation, reduction, or elimination of greenhouse gas emissions directly and immediately as a result of the application of the tax or by stimulating taxpayers to modify their production and use processes in response to these objectives.

The sustainable value is entirely constructed when the taxable event is formed based on the units of carbon produced that qualify as a source of greenhouse gas emissions, at the origin of the product or the destination, making use of autonomous valuation of the legislator of economic capacity, which is not market, for its justification and amount.

This is close to the idea that inspires the Pigouvian tax: the damage function results from the emission of carbon units of the greenhouse effect to the detriment of the atmospheric environmental good and negative repercussions on species, biodiversity, activities Social and economic neutral. The function of physical damage implies a monetary valuation of the cost as a result of the pre-existing, preliminary, preliminary activity or production of the polluter, which, to our end, is the index of ability to pay that is intended to be taxed.

The tax base of the carbon tax is the amount of tons of carbon, CO₂, and equivalent units, contained in the emitting sources in the market. Coal, oil, natural gas, and emissions of cement, steel, iron, aluminum Chemistry paper.

The type of tax is a delicate decision because its effectiveness depends on it is an excellent sign of the price that leads to the reduction of the damage caused by carbon emissions, since, failing that, it would be irrelevant.

Pigou, in the original idea, proposed, in the abstract, that the tax should establish a marginal cost to polluters equal to the marginal damage caused by their contamination. The Pigouvian tax taxes evils, not goods. The literature is wide and varied.

The idea of setting a single and intersectoral price, fostered by the UN, runs into gigantic obstacles. First, all forecasts are outdated.

Estimates of future damage from current emissions ranged from USD 5 to 20 per ton of CO₂ until recently. Nordhaus uses the model of regional integration of climate and economy (RICE), suggesting that the price of coal of \$ 17 in 2010 per tonne at 2005 prices reach \$ 70 in 2050. Some propose an initial estimate, v.g. 9.5 USD in 2015, rising to USD 23 in 2050 and USD 56 in 2100. Stern notes that the ordinary marginal damage per ton of CO₂ is USD 85. The highest carbon price is the one applied by Sweden, 220 US dollars. Circa, but that is far from the marginal damage caused.

The IMF estimates that 75 dollars per ton of Carbon Tax could correspond to an emission level corresponding to the 2° C. Carbon price levels will rise by more than 200% above the necessary standards in 2030.

The IPCC, after examining a hundred models of the optimal tax rate, fixed USD 12 per ton. of CO₂ in 2005, even though it mentions a range of options between USD 3 and 95. At present, given the seriousness of the facts, it suggests 14,300 dollars per metric ton in 2050. If this were feasible, it would turn the Carbon Tax into a real Pigouvian tax.

The price of coal in that quantitative dimension would be the end of the leading global polluters. The high price is equivalent to a ban on the manufacture and commissioning of emissions of carbon units in the atmosphere. The end of polluting emissions from the industry of oil, carbon, gas, natural, and other sources such as cement, steel, iron, aluminum.

The Carbon Tax affects medium and low consumption. Hence, the proposals to compensate them with the resources collected, through a single-family reimbursement, to alleviate their regressive nature. It is to benefit low-income families, mitigating the impact of the tax on their economies.

The tax makes it possible to address the equitable redistribution of those socially less acceptable effects of the taxation on the poor. National experiences indicate different ways. First, the reductions in the Social Security contributions of employers and contributions to workers' funds as well as aid to small and medium enterprises. Secondly, compensation between the tax on carbon with bonuses on the income of personal work and economic activities in the Income Tax. Third, the creation of tax credits in the income tax that is more or less equivalent to the burden borne by the transfer of the fuel consumption tax. Finally, the existence of social sectors that are not contributors is worthy of an effective transfer of the reimbursement that concerns them, a kind of social dividend.

There was a proposal of a Carbon Tax in the European Union through a Directive on June 2, 1992, but failed. The EU opted for a cap-and-trade market approach to regulating emissions. It imposes a quantity control in the form of a cap and then allocates emissions permits among the firms that in the aggregate equal the cap. (14) (T. Roberts, *Greenbacks for the Green New Deal*, 17 Pitt. Tax Rev, 9.5.2019).

The Carbon Tax is in force in some countries of the European Union levied on CO₂ Emissions, e.g., Denmark, Finland, Sweden, France, Ireland, Slovenia, taxing sectors not covered by the Emission Trading System. But there is not in the European Union a single Carbon Tax imposed on all sources of greenhouse emissions in areas not covered by the EU ETS: transport, smaller businesses, and agriculture. (15) (High-Level Group on Own Resources, *Future Financing of the EU*, December 2016).

The European Union has been a pioneer, in extension and depth, in the creation of the emission rights market. It provides a cap on the total amount of greenhouse gases that can be emitted by the sectors covered. Companies receive or buy emission allowances that they can trade with one another as needed. It applies to over 11000 power plants and industrial installations across the EU, as well as

aviation for flights within the European Economic Area. (16) (Commission Staff Working Document, *Financing the EU Budget: report on the operation of the own resources system*, Brussels, 2.5.2018.172).

The value of the EU ETS is ambiguous. On the one hand, the price of CO₂ emissions was introduced in production and investment decisions, sending a clear message of the necessary reduction of greenhouse gas emissions. Furthermore, the regime is negative, exhibits high transaction costs, and has delivered free allowances, which created substantial gains to its receptors' commitment. The EU is the reduction of emissions by 40% between 1990 and 2030.

The European scheme had an impact on the market basically by gratuitousness in the distribution of value between economic agents, but, indeed, to a great social, economic and tax resources (legal uncertainty, unrealistic prices, limitations cost international offset).

Something could change in the future if a contribution from the EU ETS to the Union Budget as an Own Resource results approved. This would involve the allocation of 20% of certain revenues from the total of allowances available for auction to the EU Budget. This is a significant step because if the EU auctions the pollutions permits and not give for free, it may use the auction receipts purposes to fight climate change in the EU as a single market.

The European system's main criticism is about the permissive behavior with speculation: the permits for free with the chance to resell on the market at a price that was not that of the issue. The cartelization of carbon emissions has had the potential to create sufficient income for the lucky companies that receive the rights, and this, without counting on corruption and calculation fraud, which was detected in various experiences.

" This experience dictates that the process to determine the design features of the ETS, and its operation, must be transparent and rent-seeking lobbying resisted as a large part of the ineffectiveness of the EU ETS has been the substantial concessions won by lobbyists. "(17) (J.Dabner, *The rehabilitation of the European Union's emission trading scheme: Should Australia go there again*, ssrn.com / abstract = 3461391).

5 .2. REAL CORPORATE PROFITS TAX DIRECT TAX .

" Under the current tax system, the taxpayers with the greatest resources can steadily reduce their effective tax rates through selective income reporting and tax sheltering. "(18) (*Celia Whitaker Bridging the Book-Tax Accounting Gap, The Yale Law School, 2005*).

The disagreement between accounting books and tax returns are triggered by the use of tax shelters to hide corporate benefits. The tax shelter is any operation, agreement, plan scheme designed to cancel, reduce or defer the tax. It is what is known as aggressive tax planning.

From the comparison between two companies that have the same accounting result, but one pays less tax than the other, the presence of a tax reduction plan can be deducted. The tax avoidance affects the effective rate in two ways. On the one hand, creating differences between the accounting books and the tax, between the financial accounts or the taxable income, e.g., tax credits, the deferral of the tax. On the other, in the case of the transnational company the reduction of the effective rate occurs through the displacement of benefits to territories of low taxation.

Permanent differences exclude income from the tax base and decrease the effective tax rate of the company by increasing the profits of shareholders and managers.

The key is to raise accounting earnings and reduce taxable income.

Elizabeth Warren, candidate for the Presidency within the US Democratic Party, runs an attractive hypothesis of innovative financing, perfectly compatible, with the enormous resources needed for the transition economy, which do not appear as part of the New Green Deal, although neither contradicts.

The use of tax shelters is the main reason for the deliberate manipulation between accounting books and tax. At least 50% of the accounting-tax disagreement originates from tax sheltering. (19) (*T. Rosembuj, La Crisis Financiera y el Arbitraje Fiscal Internacional Barcelona, 2012*).

Warren's idea is a direct tax on the excess profit of American companies subject to the Corporation Tax. It is a new tax whose taxable event is tax avoidance, sharing a purpose with the Diverted Profit Tax of the United Kingdom from 2015.

The "Real Corporate Profits Tax" would be 7% of the company's consolidated global profits as a result of the declared accounting, financial reports, not of the

benefits assessed according to corporate income under the current Corporate Tax. The first \$ 1 billion would be exempt from the surcharge.

The book-tax gap is a usual procedure of the companies in whose virtue they hide benefits to the Administration while they exaggerate it in reports to their investors and shareholders. The division between fiscal accounting and financial accounting is a source of tax avoidance and avoidance.

The purpose of its initiative is to prevent the company from transferring all its benefits to the shareholders in a given period, without paying anything or almost no tax to the Public Treasury. In this way, it is proposed to eliminate the gap between "tax-books," consisting precisely in transporting the benefits to the shareholders while reporting low or no benefits to the Tax Administration.

The surcharge is based entirely on the deductible benefits of the financial accounting books, certified and audited on a basis close to the real economic benefit. In truth, it is a new tax on the calculation of the real benefit of the company, based on the rule on accounting, financial statements, before the tax settlement scheme of Corporation Tax.

To this is added the will to strengthen the fight against tax evasion. Suddenly, based on audited and certified accounts, the possibilities of circumvention are prevented. "We estimate that close to 1,200 public corporations would be reliable for this tax and that it would raise \$ 1.05 trillion on public companies alone over the ten-year budget window 2019-2028." (20) (*E. Saèz, G. Zucman, University of California, Berkeley, April 8, 2019*). The collection would be affected by the financing of the fight against climate change. The proposal is extremely interesting because it has a broad, general nature of a direct tax on the ability to pay, but, which assumes as taxable fact another benefit than the typical tax benefit - the avoided tax benefit - and does so considering that this is the real benefit activity that usually escapes the contribution to public spending.

There are other ideas in circulation, which have not yet reached a sufficient degree of acceptance. Still, whose contribution to the Green Deal could be significant and which, according to the structure, could be a direct imposition on the producers or indirect on the consumers. Case of the Pollution Added Tax.

5.3. THE POLLUTION VALUE ADDED TAX.

The general tax on polluting activities is a general tax on the consumption of harmful goods and services aimed at increasing its costs and discouraging the demand for use that is environmentally unacceptable. Its version is similar to that of a general tax on harmful environmental consumption, whose ideological patronage is attributed to Milton Friedman.

In France, Michel Bornier proposed a tax on ecological value. This is an additional VAT tax at an average tax rate of 0.5 and 1%, depending on the ecological incidence of services and products. The purpose of the tax would be to modulate the rates of harmful goods and services due to their potential or actual contamination. Their project had no scope.

In 1993, Belgium introduced Ecotaxes, a tax that primarily aimed to change the behavior of the production of certain goods considered as harmful, a priori renouncing collection. On the one hand, with the stimulus of refundable deposits to the consumer and on the other offering producers exempt the payment of the tax if they achieved specific recycling or reuse objectives. The model affects beverage containers, batteries, photographic cameras, disposable razors, pesticides, non-recycled paper. It was a tax criticized by its zero collection and high-cost management.

The European Union examined in 2011 the idea of an "indirect carbon tax on consumption according to how much CO₂ is emitted during the production of particular commodities, irrespective of whether all or a part of this process takes place within or outside the EU.", but without ruling out an upcoming figure such as the "European Carbon Added Tax on all goods and services", adopting the perspective "of the consumers carbon footprint" (21) (*High Level Group on Own Resources (M. Monti, Chairman, Future Financing of the EU, December 2016, p.42)*).

From a different perspective, an income-type VAT could be conceived, of a direct nature on harmful consumption whose axis is in the productive organization.

It would be a variant of VAT, which does not follow the consumption model, such as community VAT, but is a direct income tax: the sum of wages, interest, benefits, income from natural factors less deductions for annual depreciation of capital (subtraction mode).

Income-type VAT taxes any stage of the economic processes, of any kind, on the added value of the stage to conclude by taxing the net national product, as if it were an income tax that derives from the productive activity. It is the difference between sales and purchases for a period, excluding investments in fixed assets or inventories.

More importantly, it is a tax that holds the power of the organization of the productive activity as an object of the ability to pay. A tax that gathers the double dividend in a single beam: taxing an economic wealth that is socially harmful, at the head of the organization of the company, not of its participants (IRAP e.g., in Italy (Income tax of the organization of the productive activity)).

Harmful products can be disqualified since they constitute sources of diffuse contamination, generating disparity of treatment (equality of resources) concerning others that being similar does not cause such problems. Harmful discrimination is based on the precautionary principle.

The list is broad but not exhaustive: beverage containers, batteries, disposable products, fertilizers, pesticides, non-degradable plastic bags. It is an enchanting tax on dirty CO₂ emission technology and, therefore, will add up so many resources for the entire time that it is late in its eco-efficient change, facilitating its recovery, reuse, or recycling through the fiscal mechanism.

Harmfulness is the fiscal burden to internalize the costs which would influence consumer behavior if it is not changed within a set period of time and is stimulus to the substitution of non-harmful products that for reasons of cost cannot break the market barriers imposed by the products with a high CO₂ content, according to the carbon footprint of the organization.

5.4. A DIRECT TAXATION ON PLASTIC POLLUTION.

From the research *The New Plastics Economy. Rethinking the Future of Plastics* (22). (*World Economic Forum, Ellen Mac Arthur Foundation and McKinsey & Company, "2016*) emerges that plastic pollution entails a systemic environmental risk in itself.

First, it is a sector of geometric growth, which doubles its production and expansion rapidly. Second, its effects are dramatic after a short cycle of first use, reducing the productivity of natural systems, such as the oceans and collapsing urban infrastructure. The cost of its externalities, in particular, plastic packaging, exceeds the total benefit of the sector. This is evident in terms of its greenhouse gas emissions in production and incineration.

The pollution generated by plastics and microplastics goes beyond national borders. "Marine litter and microplastics are a particular concern and threaten the conservation of the seas' biological resources." (23) (*EU Commission European Strategy for Plastics in a Circular Economy* ", Com / 2018/028). *Less than 30% of 25 million tonnes of plastic waste is collected for recycling.*

The alternatives go through a radical increase in recycling and reuse, compostable plastic packaging, the reduction of plastic waste in natural systems, and the development of biodegradable plastic.

The new plastic taxation should be designed to raise revenue, not only to change behavior. Any tax or a set of taxes should be part of the innovative financing: a collection of public resources and influence on taxpayer behavior. The double dividend here is the collection and the reduction of the use of plastic overall, increasing the reuse and recycling of the plastic that is used. The most efficient and fair plastic taxes should be designed on the purchase or sale of monomers or resins, provided it can be ensured the negative externality on others than the producer or the wholesaler and, also, discourage particular items of

plastic-like resins from virgin feedstock rather so recycles. Both kinds of taxes have few taxpayers, and that makes simpler the management. There are clear, direct taxes on plastic manufactures. (24) (*Rethink Plastic, The price is right... or is it?, Taxing plastic, September 2018*).

CONCLUSIONS

Climate change is not a theory. The systemic risk is here, and that means that we have to challenge bad times through regulation and taxation. The regulation claims a return of a command and control approach in terms of environmental public and social governance. It is useful the idea of a New Green Deal, including law, expropriation, confiscation, and taxation. We should face a public good as a whole, for the good environmental protection. In a matter of taxation it is necessary a set of Pigouvian taxes: an in-depth Carbon Tax, a Real Profit tax on Corporation, fighting tax evasion and avoidance, and the exam of new taxes as the Value Added Pollution Tax on organizations and an approach to Plastic taxation on producers and wholesalers.

DOPO LA CORTE EUROPEA ANCHE LA CASSAZIONE "APRE" ALL'"ABUSO DI NECESSITÀ".

Lorenzo Bruno Molinaro

Via libera degli ermellini al bilanciamento dei diritti e alla "valutazione di proporzionalità tra l'abuso - se di dimensioni tali da farlo ritenere di necessità - e gli interessi della comunità al rispetto delle norme".

Nota a cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2019, n. 40396.

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** La sentenza "ivanova" e gli approdi interpretativi della corte europea in materia di "proporzionalità" della sanzione demolitoria. **3.** L'apertura Della Sentenza In Commento: *L'abuso È Considerato Di Necessità Se Presenta Limitate Dimensioni*. **4.** La scriminante dell'abuso di necessità nella giurisprudenza di legittimità. **5.** Considerazioni Finali.

1. PREMESSA.

La sentenza che si annota (Pres. Di Nicola, Rel. Socci) è stata depositata pochi giorni fa (il 2 ottobre 2019) e merita di essere segnalata in quanto rappresenta, a

mio avviso, il primo significativo "arret de la Cour" in Italia, dopo la sentenza "Ivanova" ⁽¹⁾ della Corte EDU del 21 aprile 2016, teso a fare chiarezza sull'insieme dei presupposti richiesti (ed oggettivamente verificabili) perché il diritto di abitazione possa fungere da ostacolo alla esecuzione dell'ordine giudiziale di demolizione.

La sentenza, pur ritenendo infondato il ricorso proposto dalla parte privata ricorrente, esprime uno sforzo commendevole, nella interpretazione dialogica delle norme interne e convenzionali, volto a valorizzare in senso innovativo il principio di legalità, consolidando il bisogno di un equo contemperamento di tale principio con la esigenza sempre più pressante di assicurare protezione ai diritti fondamentali (fra cui il diritto al rispetto della vita privata e familiare e, dunque, alla inviolabilità del domicilio), in presenza di un **abuso di limitate dimensioni**, in un sistema, peraltro, in continuo movimento ed in crescente apertura verso le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e i principi sovranazionali, che la giurisprudenza interna non può ignorare (v. le sentenze della Corte Costituzionale n. 348 e n. 349 del 14 ottobre 2007, in base alle quali "le norme della convenzione europea nell'ordinamento italiano hanno valore di norme interposte (fra le leggi e la Costituzione) che devono essere rispettate, in quanto integrano il contenuto degli obblighi internazionali che, in applicazione dell'art. 117 della Costituzione, si impongono all'attività normativa dello Stato e delle Regioni, sempre che esse non siano in contrasto con altre norme costituzionali").

2. La sentenza "Ivanova" e gli approdi interpretativi della corte europea in materia di "proporzionalità" della sanzione demolitoria.

Come riconosciuto dalla stessa sentenza in commento, il principio affermato si ricollega agli effetti prodotti nell'ordinamento interno dalla nota sentenza della **Corte EDU** del 21 aprile 2016, c.d. "**Ivanova**"⁽²⁾, chiamata a pronunciarsi, in fattispecie per certi versi analoga, sul caso di due coniugi bulgari che avevano realizzato un'abitazione sulla costa del Mar Nero, in una località paesaggisticamente vincolata e senza i dovuti permessi.

Per questa abitazione, la Corte di Cassazione bulgara aveva attribuito alla civica amministrazione titolo irrevocabile per la demolizione, in seguito affidata ad un'impresa privata.

La demolizione, infatti, era stata riconosciuta legittima e doverosa dai giudici perché conforme alla normativa bulgara e finalizzata al perseguimento di un fine pubblico: la lotta all'abusivismo edilizio, fenomeno molto diffuso in Bulgaria.

La Corte di Strasburgo è pervenuta, invece, a conclusioni diametralmente opposte, dopo essere stata chiamata ad accertare se poteva ritenersi violato l'art. 8 della Convenzione Europea, che sancisce il diritto al rispetto del domicilio. La demolizione, secondo la prospettazione difensiva, rappresentava, in effetti, una marcata ingerenza nei diritti dei ricorrenti, che da anni abitavano l'immobile.

La Corte ha dato loro ragione, in quanto "**nessun giudice aveva esaminato, valutato e ponderato la circostanza**

che nella casa da demolire i signori vivevano; tutti piuttosto si erano soltanto limitati ad accertare che l'edificio era stato realizzato abusivamente".

La Corte ha, dunque, condannato la Bulgaria per violazione dell'art. 8 della Convenzione che riconosce e tutela il diritto alla inviolabilità del domicilio.

La Corte, nella sua decisione, ha anche stabilito che "**gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare un esame giudiziale della complessiva proporzionalità di misure così invasive, come la demolizione della propria abitazione, e a riconsiderare l'ordine di demolizione della casa abitata dai ricorrenti alla luce delle condizioni personali degli stessi, che vi vivevano da anni e avevano risorse economiche limitate**".

Insomma, secondo la Corte, un conto è proteggere il diritto meramente economico di chi costruisce violando la normativa edilizia e un altro è fare in modo che la prima e unica casa di una persona in difficoltà economica non venga demolita con leggerezza.

Da notare che, nelle sue più importanti decisioni sul tema, sempre la Corte Europea ha anche puntualizzato che:

a) "**l'ordine di demolizione per un abuso edilizio costituisce sanzione penale allorquando la sua esecuzione intervenga a distanza di numerosi anni a far data dall'accertamento del fatto e non sia stata acquisita alcuna prova per dimostrare che in ogni fase del procedimento il richiedente abbia ostacolato il regolare svolgimento delle indagini**" (Hamer c. Belgio, 2007, n. 21861/03);

b) “chi ricorre non può essere biasimato per aver esperito appieno tutti i rimedi previsti dall'ordinamento nazionale; in ogni caso, la sua condotta costituisce una circostanza oggettiva che non può essere imputata allo Stato convenuto e che deve essere tenuta in considerazione nel determinare la ragionevole durata del procedimento” (Eckle v. Germany, § 82, 1982, n. 8130/78);

c) “rappresentando la perdita della casa la forma più estrema di interferenza con il diritto al rispetto della casa stessa, inteso sia come diritto di proprietà che come diritto di abitazione, chiunque sia esposto a tale rischio - appartenente o meno ad un gruppo vulnerabile - dovrebbe in linea di principio poter beneficiare della **proporzionalità della misura** determinata da un tribunale indipendente alla luce dei principi pertinenti in base all'articolo ritenuto violato” (McCann, § 50, 1995; Ćosić, § 22, 2019, n. 28261/06);

d) “i fattori rilevanti a tale riguardo, quando si tratta di costruzioni illegali (...), potrebbero essere la natura e il grado dell'illegalità, la natura precisa dell'interesse che si vuole proteggere dalla demolizione ed anche quello relativo alla **disponibilità di idonee sistemazioni alternative per le persone colpite dalla demolizione** (v. Chapman, §§ 102-04); un altro fattore potrebbe essere se esistono modi meno severi di trattare il caso e l'elenco non può essere - di certo - ritenuto esaustivo, sicché, se la persona interessata contesta la proporzionalità dell'interferenza sulla base di tali argomenti, i tribunali devono esaminarli attentamente e fornire adeguate ragioni in relazione ad essi” (v. Yordanova e altri, § 118, 2012, n.

25446/06, e Winterstein e altri, § 148, 2013, n. 27013/07);

e) “l'interferenza non può di norma essere considerata giustificata semplicemente perché il caso rientra in una norma formulata in termini generali e assoluti e la semplice possibilità di ottenere un riesame giudiziario della decisione amministrativa che causa la perdita della casa non è quindi sufficiente; **la persona interessata deve essere in grado di contestare tale decisione sulla base del fatto che è sproporzionata in considerazione della sua situazione personale**; naturalmente, se in tali procedimenti i giudici nazionali considerano tutti i fattori rilevanti e valutano gli interessi in conflitto in linea con i principi di cui sopra (in altre parole, se non vi è motivo di dubitare della procedura seguita in un caso specifico), il margine di apprezzamento permesso a quei tribunali sarà ampio, in riconoscimento del fatto che essi sono in una posizione migliore di un tribunale internazionale per valutare le esigenze e le condizioni locali, e la Corte sarà riluttante a smentire la loro valutazione” (v. Pinnock e Walker contro Stati Uniti Kingdom (dec.), 2011, n. 31673);

g) “tuttavia, **la Corte non può essere d'accordo con la posizione espressa da alcuni tribunali (...), secondo cui l'equilibrio tra i diritti di coloro che rischiano di perdere la propria casa e l'interesse pubblico a garantire l'effettiva attuazione dei regolamenti edilizi può essere una regola assoluta che non ammette eccezioni**; tale approccio potrebbe essere sostenuto dall'articolo 1 del Protocollo n. 1, che conferisce alle autorità nazionali una considerevole libertà nel trattare la

costruzione illegale (...) o in altri contesti (v. *Animal Defenders International v. The United Kingdom* [GC], 48876/08, §§ 106-09, CEDU 2013 [estratti], con ulteriori riferimenti); **ma dato che il diritto al rispetto della propria casa ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione tocca questioni di importanza fondamentale per l'integrità fisica e morale dell'individuo, il mantenimento delle relazioni con gli altri e un posto stabile e sicuro nella comunità, l'esercizio del bilanciamento in base a tale disposizione, nei casi in cui l'interferenza consista nella perdita della sola casa di una persona, è di un ordine diverso, con un significato particolare che si riferisce alla portata dell'intrusione nella sfera personale degli interessati** (v. *Connors*, § 82); questo può normalmente essere esaminato caso per caso, precisandosi, inoltre, che non v'è alcuna prova che il legislatore abbia dato considerazione attiva a questo equilibrio o che, optando per una interpretazione generale delle norme piuttosto che per una soluzione più strettamente su misura, si sia tenuto conto degli interessi tutelati ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione" (*Vallianatos e altri c. Grecia* [GC], 2009, n. 29381/09 e n. 32684/09, § 89, CEDU 2013, nonché *Animal Defenders International*, §§ 114 -16);
h) **"né può la Corte accettare il suggerimento che la possibilità per gli interessati di contestare la demolizione delle loro case in riferimento all'articolo 8 della Convenzione comprometterebbe gravemente il sistema di controllo degli edifici (v. paragrafo 37 sopra); è vero che l'allentamento di una norma**

assoluta può comportare rischi di abuso, incertezza o arbitrarietà nell'applicazione della legge, delle spese e dei ritardi; tuttavia si può sicuramente prevedere che le autorità amministrative competenti e i tribunali amministrativi, che abitualmente si occupano di questioni relative alla demolizione di edifici illegali (cfr. paragrafi 26, 27, 34 e 37-39 sopra), e che hanno recentemente offerto prova di aver definito tali questioni alla luce dell'articolo 8 della Convenzione (cfr. paragrafo 30 sopra), saranno in grado di affrontare tali rischi, soprattutto se in questo compito verranno assistiti da parametri o linee guida appropriate" (McCann, 1995, § 54, cit.).

3. L'apertura della sentenza in commento: *l'abuso é considerato di necessità se presenta limitate dimensioni.*

Con la sentenza in commento, che rievoca un precedente dello stesso estensore (Cass. pen., Sez. III, 4 maggio 2018, n. 48833), la Cassazione evidenzia preliminarmente che:

- "nessuna equiparazione può logicamente farsi tra la demolizione e la confisca, trattandosi di due istituti diversi che operano su piani completamente diversi: sanzionatoria la confisca e solo di riduzione in pristino (poiché riporta il territorio alla condizione iniziale, prima dell'abuso) del bene leso, la demolizione (v. Cass. Sez. 3, 22/10/2009, n. 48925, Viesti; Cass. Sez. 3, 11/02/2016, n. 5708, Wolgar)";

- "la demolizione dell'immobile, attualmente prevista dall'art. 31, comma 9, del T. U. n. 380/2001 e già dall'art. 7 della legge 28 febbraio 1985 n. 47, non è

esclusa anche dalla eventuale alienazione a terzi della proprietà dell'immobile abusivamente edificato. L'eventuale acquirente (reale o simulato) dell'immobile abusivo subirà le conseguenze della demolizione e potrà rivalersi, nelle sedi competenti, nei confronti del venditore (Sez. 3, 28/3/2007, n. 22853, Coluzzi)";

- "il tempo trascorso dalla realizzazione della costruzione abusiva alla demolizione dell'opera non rileva per la considerazione della violazione di norme interne e Cedu". Nel prosieguo della motivazione, tuttavia, la Corte avverte (ed è questa la parte che qui maggiormente interessa) che:

- "il tempo potrebbe rilevare solo per un eventuale **abuso di necessità per le esigenze abitative**, ma tale prospettazione risulta assente nel ricorso e genericamente richiamata (senza nessuna specificazione) nella memoria di replica";

- "le questioni personali e familiari della ricorrente non sono rappresentate, quindi, a questa Corte, che pertanto non può verificare in linea del tutto teorica stante l'inammissibilità del ricorso per mancanza di motivi specifici - autosufficienza) l'incidenza sul caso della recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 aprile 2016 (Ivanova e Cherkezov V/ Bulgaria, ricorso 46577/15) e la violazione o no, nella fattispecie concreta, dell'art. 8 della convenzione europea, sotto il profilo della proporzionalità, tra l'abuso - **se di dimensioni tali da farlo ritenere di necessità** - e gli interessi generali della comunità al rispetto delle norme".

Tale essendo la novità più significativa della sentenza, non vi è dubbio allora che la questione del bilanciamento dei diritti

investa in primo luogo il tema del **parametro quantitativo medio** preso in considerazione anche in passato da numerose decisioni della Suprema Corte finalizzate alla individuazione delle "costruzioni di limitata entità volumetrica" per l'applicazione dell'istituto dell'amnistia, quali sono quelle di superficie non superiore a 130/150 metri quadrati (cfr., fra le tante, Cass. pen., Sez. III, 15 marzo 1982), e, prima ancora, sia pure solo indirettamente, dal decreto del Ministero dei Lavori Pubblici del 2 agosto 1979, n. 1072, che si occupa delle "caratteristiche delle abitazioni di lusso".

In secondo luogo, non pare contestabile, nonostante il contrario avviso della Cassazione, che anche il tempo trascorso assuma rilevanza per la valutazione della proporzionalità della sanzione demolitoria (nel caso esaminato dalla Corte le opere sanzionate erano state realizzate in un arco temporale che andava dal giugno 1989 al febbraio 1990 e, pertanto, in epoca oltremodo risalente).

D'altronde, sempre la Cassazione, con sentenza del 19 marzo 2019, n. 17398, Proscio, pur avendo ribadito che l'ordine di demolizione costituisce una misura che, in una società democratica, è necessaria "alla difesa dell'ordine" e alla promozione del "benessere economico del paese"⁽³⁾, ha, poi, ritenuto che, ai sensi dell'art. 8 CEDU, è, comunque, necessario che una valutazione della proporzionalità di tale misura (che comporta la perdita dell'abitazione) sia effettuata da un giudice indipendente, come chiarito dalla Corte EDU nella già citata sentenza del 21 aprile 2016, n. 46577.

Il principio di proporzionalità impone, inoltre, che l'autorità giudiziaria valuti caso per caso se un determinato

provvedimento possa ritenersi giustificato anche in considerazione delle ragioni espresse dal destinatario della misura, al fine di bilanciare il suo diritto alla tutela dell'abitazione ai sensi dell'art. 8 CEDU (o di altro diritto fondamentale come il diritto alla salute) e l'interesse dello Stato ad impedire l'esecuzione di interventi edilizi in assenza di regolare titolo abilitativo, sicché deve essere il giudice a dover stabilire, tenuto conto delle circostanze del caso concreto dedotte dalle parti, se il provvedimento limitativo della libertà "reale" sia "proporzionato" rispetto allo scopo (cfr., negli stessi sensi, Cass. pen., Sez. III, 20 febbraio 2019, n. 15141, *Pignalosa*).

E - di certo - non può pervenirsi ad una valutazione positiva del richiesto requisito di "proporzionalità" se la esecuzione della sanzione interviene a distanza di anni dal commesso abuso o dalla decisione di condanna.

In tema, la Corte EDU ha ripetutamente affermato che l'esecuzione di una decisione giudiziaria non può essere impedita, inficiata o ritardata in maniera eccessiva (cfr., fra le tante, le sentenze *Burdov c. Russia*, 7 maggio 2002; *Immobiliare Saffi c. Italia*, 28 luglio 1999, e *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997), "essendo lo Stato interno tenuto a garantire l'esecuzione delle decisioni pronunciate dai Tribunali, all'uopo dotandosi di un arsenale giuridico adeguato e sufficiente ad assicurare il rispetto delle obbligazioni positive che su di lui incombono".

Astenendosi per un lungo periodo di tempo dal prendere le misure necessarie al fine di eseguire la decisione giudiziaria definitiva ed esecutiva, l'autorità procedente finisce per "**privare di ogni**

effetto utile l'articolo 6 § 1 della Convenzione", per il quale "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata ... entro un termine ragionevole".

In ambito penale, peraltro, lo scopo di tale disposizione è quello di "garantire che l'interessato non sia costretto a rivestire la qualità di imputato troppo a lungo e che l'accusa elevata nei suoi confronti venga decisa in tempi, per l'appunto, ragionevoli" (*Wemhoff v. Germany*, § 18; *Kart v. Turkey* [GC], § 68).

Il periodo di tempo rilevante ai fini della determinazione della "ragionevole durata" va, comunque, calcolato - secondo la Corte EDU - a partire dal giorno in cui l'interessato viene formalmente accusato (*Neumeister v. Austria* § 18).

Tale termine può iniziare a decorrere già prima che il processo inizi (*Deweert v. Belgium*, § 42): ad es., dal momento dell'arresto (*Wemhoff v. Germany*, § 19), dalla formulazione dell'imputazione (*Neumeister v. Austria*, § 18) o dall'avvio delle indagini preliminari (*Ringeisen v. Austria*, § 110).

Il termine "accusa" di cui all'art. 6 § 1 va inteso come "la notizia ufficiale fornita ad un soggetto, da parte dell'autorità competente, circa l'accusa di aver commesso un reato" (*Deweert v. Belgium*, § 46); tale definizione coincide con la verifica della "incidenza sostanziale" sulla situazione soggettiva del sospettato (*Deweert v. Belgium*, § 46; *Neumeister v. Austria*, § 13; *Eckle v. Germany*, § 73; *McFarlane v. Ireland* [GC], § 143).

Con specifico riferimento alla durata del processo penale, la Corte ha anche affermato che il lasso di tempo preso in considerazione dall'art. 6 copre, di fatto, l'intero procedimento (*Kónig v. Consiglio d'Europa / Corte Europea dei Diritti*

dell'Uomo, Germany, § 98), incluso il giudizio di appello (Delcourt v. Belgium, §§ 25-26; König v. Germany, § 98; v. the United Kingdom [GC], § 109).

Ne deriva che anche l'esecuzione delle sentenze deve essere considerata parte integrante del processo penale ai fini dell'art. 6 (Assanidze v. Georgia [GC], § 181).

Ed infatti, *“le garanzie previste dalla norma in parola sarebbero illusorie se i sistemi giudiziari ed amministrativi degli Stati Contraenti consentissero che una sentenza definitiva e vincolante (...) potesse rimanere ineseguita”* a detrimento della persona interessata o anche di quella nella cui sfera soggettiva debbano riverberarsi i suoi effetti negativi in violazione del principio dell'affidamento incolpevole.

“Il processo penale costituisce un unicum, di tal che la protezione garantita dall'art. 6 non cessa con la decisione finale. Se le autorità amministrative nazionali fossero libere di rifiutare o omettere l'ottemperanza di una sentenza (...) o anche solo ritardarne l'esecuzione, le garanzie di cui all'art. 6 - pure applicate durante la fase giudiziale del processo - diverrebbero, in parte, illusorie”.

La Corte EDU, nel procedimento Burdov c. Russia, ha anche chiarito che il diritto all'equo processo di cui all'art. 6 § 1 è posto a garanzia, oltre che del corretto svolgimento del processo, anche dell'effettività della sua fase esecutiva.

Qualora, infatti, non fosse data concreta attuazione alle sentenze rese dai tribunali degli Stati membri, verrebbero poste nel vuoto anche le garanzie predisposte per l'equo svolgimento del processo.

Inoltre, la ragionevolezza della durata dei procedimenti deve essere determinata alla

luce delle circostanze del caso concreto e nell'ottica di una valutazione complessiva (Boddaert v. Belgium, § 36).

Del resto, sebbene alcuni stati e gradi del procedimento siano stati, di per sé, trattati in tempi rapidi, la durata complessiva del procedimento potrebbe comunque eccedere i limiti della ragionevolezza (Dobbertin v. France, § 44).

Va ricordato, in proposito, che l'art. 6 non impone, *sic et simpliciter*, che i procedimenti giudiziari siano spediti, ma implica anche il più generale principio della corretta amministrazione della giustizia.

Occorre dunque sempre effettuare un equo bilanciamento tra i vari aspetti di tale fondamentale diritto (Boddaert v. Belgium, § 39).

Al fine di accertare se la durata di un procedimento penale sia ragionevole, la giurisprudenza della Corte ha elaborato diversi criteri, tra cui la complessità del caso, il contegno del ricorrente e la condotta della competenti autorità amministrative e giudiziarie (König v. Germany, § 99; Neumeister v. Austria, § 21; Ringeisen v. Austria, § 110; si veda anche Pélissier and Sassi v. France [GC], § 67; e Pedersen and Baadsgaard v. Denmark, § 45).

Va, poi, sottolineato che, nonostante un caso possa presentare profili di notevole complessità, la Corte non può considerare ragionevoli lunghi periodi di ingiustificata inattività (Adiletta v. Italy, § 17: in questo caso, a fronte di una durata complessiva di 13 anni e 5 mesi, vi era stato un intervallo di 5 anni tra la richiesta di rinvio a giudizio al GIP e l'interrogatorio dell'indagato e dei testimoni, nonché un intervallo di 1 anno e 9 mesi tra la

restituzione del fascicolo al P.M. e la nuova richiesta di rinvio a giudizio).

L'art. 6 - come già sottolineato - non impone nemmeno a chi ricorre di cooperare attivamente con le autorità giudiziarie.

In ogni caso, l'art. 6 § 1 non impone nemmeno all'esecutato di cooperare attivamente con le autorità giudiziarie.

L'art. 6 § 1 impone, infine, agli Stati Contraenti l'onere di organizzare il proprio sistema giudiziario in maniera tale che le corti nazionali possano rispettare tutti i requisiti ivi previsti (Abdoella v. the Netherlands, § 24; Dobbertin v. France, § 44).

Sebbene un temporaneo carico di lavoro arretrato non implichi, di per sé, la responsabilità degli Stati, a condizione che questi adottino misure adeguate, efficaci e rapide per affrontare una tale situazione eccezionale (Milasi v. Italy, § 18; Baggetta v. Italy, § 23), il grande carico di lavoro e le misure adottate allo scopo di porvi rimedio sono stati elementi che la Corte ha raramente considerato decisivi (Eckle v. Germany, § 92).

Non va, infine, sottaciuto che l'enorme numero di violazioni dell'art. 6 CEDU poste in essere dall'Italia hanno aggravato negli ultimi anni la posizione del nostro Paese dinanzi agli organi di Strasburgo.

La Corte europea, infatti, con la sentenza relativa al caso A.- P. Bottazzi, Di Mauro e Ferrari c. Italia del 28 luglio 1999, è giunta a definire la violazione del diritto ad una "durata ragionevole" del processo come "prassi" contraria alla Convenzione indicando, con tale espressione, « un'accumulazione di violazioni di natura identica o analoga talmente numerose e legate tra di esse da escludere che si

tratti di incidenti isolati, o eccezioni, e tali da formare un insieme o un sistema ».

4. La scriminante dell'abuso di necessità nella giurisprudenza di legittimità.

Intanto, va subito chiarito, anche al fine di sgomberare il campo da possibili equivoci, che, nella giurisprudenza di legittimità, l'applicazione della scriminante dello stato di necessità ex art. 54 cod. pen. in tema di costruzione abusiva è stata costantemente esclusa sul presupposto che è di regola evitabile il pericolo di restare senza abitazione, sussistendo la possibilità concreta di soddisfare il bisogno attraverso i meccanismi di mercato e dello stato sociale ed in considerazione dell'ulteriore elemento, necessario per l'applicazione della scriminante, del bilanciamento tra il fatto commesso ed il pericolo che l'agente intende evitare ⁽⁴⁾.

Particolarmente illuminante sul punto è la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, del 30 maggio 2018, n. 39412, Di Stasi, secondo cui "gli estremi dell'esimente dello stato di necessità, ex art. 54 cod. pen., non sono ipotizzabili nel reato di costruzione abusiva quando il pericolo di restare senza abitazione è concretamente evitabile attraverso i meccanismi del mercato o dello stato sociale (vedi Sez. 3: 21.9.2001, ric. Riccobono; 22.2.2001, ric. Bianchi; 7.10.1999, ric. Verrusio; 8.10.1998, ric. Braccio; 2.12.1997, n. 11030, ric. Guerra; 17.5.1990, ri.7015, ric. Sinatra; 25.2.1989, n. 3137, ric. Gelsi; 4.12.1987, n. 12253, ric. Iudicello)"

Si è, poi, osservato che il danno grave alla persona, cui fa riferimento l'art. 54 cod. pen., deve essere inteso come ogni danno grave ai diritti fondamentali dell'individuo, tra i quali non rientra soltanto la lesione della vita o dell'integrità fisica, ma anche quella del diritto all'abitazione, dovendo però sussistere comunque tutti i requisiti richiesti dalla legge, la valutazione dei quali deve essere effettuata in giudizio con estremo rigore (v., in particolare, Sez. III, 1° ottobre 1997, n. 11030, Guerra, già citata, nonché Sez. III, 6 ottobre 2000, n. 12429, Martinelli).

Successivamente, per escludere l'applicabilità della scriminante in questione, si è posto l'accento sulla mancanza dell'ulteriore requisito della inevitabilità del pericolo⁽⁵⁾, osservando che l'attività edificatoria non è vietata in modo assoluto, ma è consentita nei limiti imposti dalla legge a tutela di beni di rilevanza collettiva, quali il territorio, l'ambiente ed il paesaggio, che sono salvaguardati anche dall'art. 9 della Costituzione.

Di conseguenza, se il suolo è edificabile, le disagiate condizioni economiche non impediscono al cittadino di chiedere il permesso di costruire. Se il suolo non è edificabile, il diritto del cittadino a disporre di un'abitazione non può prevalere sull'interesse della collettività alla tutela del paesaggio e dell'ambiente (Sez. III, 39 maggio 2007, n. 28499, Chiarabini; Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 19811, Passamonti e altro; Sez. III, 20 settembre 2007, n. 41577, Ferraioli; Sez. III, 26 giugno 2008, n. 35919, Savoni e altro; Sez. III, 6 ottobre 2016, n. 7691, Di Giovanni; Sez. III, 3 marzo 2016, n. 25036, Botticelli).

Per completezza espositiva, va anche ricordato che l'orientamento favorevole ad escludere che l'esimente dello stato di necessità prevista dall'art. 54 c.p. possa applicarsi ai reati edilizi è stato criticato da alcune pronunce le quali hanno, invece, ammesso che « *per danno grave alla persona deve intendersi ogni danno grave ai suoi diritti fondamentali, ivi compreso quello all'abitazione* » (Cass., Sez. III, 2 dicembre 1997, n. 11030).

L'imputato, però, deve essere, in tal caso, in grado di provare che il pericolo sia di reale consistenza e non altrimenti evitabile, precisandosi, altresì, che, pur dovendosi ritenere corretta un'interpretazione di tale scriminante che si riferisca all'esigenza di un alloggio salubre e idoneo a garantire condizioni abitative minime essenziali, occorre poter escludere in modo assoluto la sussistenza di ogni altra concreta possibilità, priva di disvalore penale, di evitare il danno, come, ad esempio, reperire un'altra abitazione attraverso i meccanismi del mercato o dello stato sociale (Cass., Sez. III, 4 febbraio 2003, n. 5162).

Per quanto possa occorrere, va, poi, segnalato che, con un decreto del 10 dicembre 2015, il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Napoli ha espressamente riconosciuto che « *quanto ai beni di rango costituzionale che vengono in rilievo nella materia delle demolizioni, occorre fare riferimento - in un'ottica di valutazione e bilanciamento degli stessi - non solo all'ambiente (art. 9 della Costituzione) e alla salute (art. 32 Cost.) ma anche ad altri beni e principi tutelati dalla Carta Costituzionale, quali l'uguaglianza sostanziale, l'equità, la ragionevolezza e la solidarietà sociale (art. 3 Cost.), il diritto al lavoro (art. 4*

Cost.) e la funzione sociale della proprietà (art. 42 Cost.) ».

5. CONSIDERAZIONI FINALI.

La sentenza della Cassazione non deve sorprendere, essendo la logica conseguenza di un proficuo dialogo tra Corti.

Come ha ricordato l'ex presidente del Tribunale costituzionale federale tedesco Andreas Voßkuhle, « *in modo simile alle lingue anche i tribunali operano come prismi diversamente sfaccettati, che riflettono, ma contemporaneamente rendono anche possibili differenti concezioni giuridiche e della vita; la Corte costituzionale tedesca, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo non giudicano in maniera isolata l'una dalle altre, bensì in modo reciprocamente coordinato; decisioni contenutisticamente divergenti sono state adottate di rado, mentre occasionali dissonanze hanno dispiegato sempre una forza generatrice di nuovi sviluppi* ».

L'auspicio è che su temi di così rilevante impatto sociale, come quelli del rispetto della vita privata e familiare, sia ritenuto pienamente sussistente il dovere del giudice comune di offrire una interpretazione del diritto interno "convenzionalmente orientata", ossia il dovere di scegliere, tra i possibili significati normativi estraibili dalla disposizione nazionale, quello più compatibile con il diritto della Convenzione Edu, come interpretato dalla Corte Edu.

Tale auspicio - del resto - non può e non deve risultare limitato dai principi

espressi dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49 del 26 marzo 2015.

La sentenza, come è noto, richiamando un proprio precedente che valorizzava il ruolo del giudice nazionale comune come interprete "in prima battuta" della Carta EDU (sentenze n. 349/2007 n. 68/2017), ha affievolito notevolmente la soggezione di tale giudice all'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte EDU, circoscrivendo tale soggezione alle sole ipotesi in cui sussista una giurisprudenza della Corte EDU qualificabile come consolidata, con conseguente esenzione del giudice nazionale dal dovere di "conformarsi" a sentenze della Corte Edu che:

- enuncino principi "creativi" rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea;
- contengano punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo;
- siano corredate da opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni;
- promanino da una sezione semplice e non abbiano ricevuto l'avallo della Grande Camera;
- siano state emesse all'esito di un giudizio in cui si possa dubitare che la Corte EDU sia stata posta in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

La questione, infatti, pur dando luogo ancora oggi ad accese discussioni, può essere oggetto di un sereno "revirement", in ragione del fatto che, con la sentenza del 28 giugno 2018 (G.I.E.M. ed altri c. Italia)⁽⁶⁾, la Grande Camera ha avuto modo

di chiarire che *“le sentenze della Corte hanno tutte lo stesso valore giuridico; il loro carattere vincolante e la loro autorità interpretativa non possono pertanto dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate”* (v. Paragrafo 252).

In tale ottica, non può nemmeno disconoscersi che la giurisprudenza della Corte EDU, con riferimento alla dichiarata non proporzionalità della sanzione allorquando essa intervenga a distanza di un notevole lasso di tempo dal commesso abuso, deve ritenersi ormai consolidata.

In definitiva, non pare dubbio che le autorità nazionali, amministrative e giudiziarie, non possano limitarsi al formale accertamento dell'abuso senza nessun rispetto del principio di proporzionalità e delle condizioni personali del contravventore.

Quindi, anche di fronte ad un abuso certo, le misure di ripristino della legalità più invasive e afflittive non possono essere imposte laddove il contravventore si trovi in condizioni personali ed economiche limitate.

In particolare, misure invasive di tal tipo non possono essere imposte nel caso in cui l'abitazione abusiva (in cui viveva indisturbato) sia l'unica sistemazione del contravventore; oppure nel caso in cui il contravventore versi in condizioni economiche di povertà; o ancora, nel caso in cui le condizioni di salute siano tali da non permetterne il trasferimento altrove.

Il diritto all'abitazione è in fin dei conti sacrosanto.

Per quanto stabilito dall'art. 8 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, nessuna autorità pubblica può interferire nell'esercizio di tale diritto a meno che l'ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una

società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del Paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Questa la rotta da seguire.

Note :

V. in tema: **www.dirittieuropa.it “Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria: tra il diritto alla casa e la repressione dell'abusivismo edilizio”**.

Nel caso Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accolto il ricorso proveniente da due cittadini bulgari ai quali l'amministrazione comunale di Sinemoret stava per demolire la casa. Quell'abitazione era stata da loro realizzata su un terreno di proprietà per il 77 % della sig.ra Ivanova, ristrutturando un preesistente rudere: essi avevano però operato senza alcun permesso edilizio e senza rispettare le norme in materia. Come conseguenza i comproprietari di minoranza sporsero le denunce di abuso edilizio e si instaurò un procedimento amministrativo durato quattro anni e conclusosi davanti alla Corte di Cassazione bulgara: la sentenza definitiva diede titolo all'amministrazione comunale per demolire l'abitazione abusiva e la demolizione, ad oggi mai realizzata, era stata affidata ad un'impresa privata.

*La Corte di Strasburgo si è pronunciata sul caso lo scorso 21 aprile. Essa ha esaminato il caso sotto il **diritto al rispetto del domicilio**, sancito e protetto dall'articolo 8 della Convenzione europea. Una volta ammesso - come ovvio - che la demolizione avrebbe rappresentato una ingerenza nei diritti dei ricorrenti che vi vivevano da anni - a prescindere dal fatto che soltanto uno di loro fosse proprietario dell'immobile - ha svolto il difficile test di bilanciamento per stabilire se quella ingerenza era legittima o illegittima. La demolizione sarebbe stata eseguita in maniera legale, alla stregua della*

normativa bulgara, e nel perseguimento di un fine legittimo: la lotta all'abusivismo edilizio, fenomeno molto diffuso in Bulgaria. Tuttavia, a far pendere l'ago della bilancia a favore dei ricorrenti è stata l'analisi della giurisprudenza amministrativa bulgara, come applicata dai giudici che avevano esaminato le istanze dei ricorrenti in opposizione al sequestro: nessun giudice aveva esaminato, valutato e ponderato la circostanza che nella casa da demolirsi i sig.ri Ivanova e Cherkezov ci vivevano; tutti, piuttosto, si erano limitati ad accertare che l'edificio fosse stato realizzato abusivamente. Ciò ha comportato una violazione della Convenzione europea: la Corte, infatti, è ferma nel richiedere agli Stati contraenti di assicurare un esame giudiziale della complessiva proporzionalità di misure così invasive, come la demolizione della propria abitazione.

La Corte europea ha perciò accertato la violazione condizionale dell'articolo 8 della Convenzione europea, nella misura in cui la Bulgaria non ha assicurato, tramite le proprie giurisdizioni interne, la verifica della proporzionalità dell'ordine di demolizione rispetto alle condizioni personali dei ricorrenti, che vi vivevano da anni ed avevano risorse economiche limitate. Per tale violazione i ricorrenti non hanno ricevuto alcuna riparazione: infatti, essa è soltanto ipotetica e si consumerebbe soltanto con l'effettiva demolizione dell'edificio. Il Giudice europeo non ha ritenuto invece di dover esaminare la doglianza sub art. 13 della Convenzione (diritto ad un rimedio interno effettivo), perché riassorbita nell'articolo 8.

Invece, la Corte europea ha accertato la non violazione del diritto dell'articolo 1 Prot. 1 (diritto di proprietà) della sig.ra Ivanova, perché la demolizione sarebbe stata perfettamente legale e proporzionata rispetto a tale diritto. L'apparente contraddizione è presto svelata: un conto è proteggere il diritto meramente economico di chi costruisce violando la normativa edilizia, ed un conto è assicurare che la prima ed unica casa di una persona in difficoltà economica non venga demolita con leggerezza. Proteggere la casa significa proteggere innanzitutto la persona che vi abita, e non certo il portafogli del suo proprietario: non basta il mero controllo formale dell'abuso edilizio, ma è necessario

dar conto anche delle condizioni personali di chi vi abita.

. V. anche www.quotidianogiuridico.it: **"Non viola la CEDU l'ordine di demolizione di immobili costruiti illegalmente su terreno agricolo"**.

Pronunciandosi su un caso "russo" in cui si discuteva della legittimità della decisione dell'autorità giudiziaria di ordinare la demolizione di due costruzioni abusive di proprietà del ricorrente in quanto realizzate su terreno destinato a scopi agricoli, la Corte EDU (decisione 18 ottobre 2018, n. 6390/18) ha dichiarato all'unanimità il ricorso inammissibile. La Corte di Strasburgo ha considerato che l'ordine disposto dall'autorità giudiziaria di demolire le costruzioni abusive era giustificato dalla necessità di controllare l'uso della proprietà privata conformemente all'interesse generale, poiché lo scopo era quello di garantirne la conformità con le norme che regolano l'edificazione e la programmazione dell'uso del territorio urbano, in particolare assicurando che l'area fosse utilizzata in maniera conforme alla destinazione identificata nel piano regolatore generale. Nel rilasciare i titoli abilitativi degli immobili in base ad un sistema più vicino ad una procedura di segnalazione (simile alla nostra denuncia di inizio attività) che ad una procedura di autorizzazione (simile al nostro permesso di costruire), le autorità non avevano dato assicurazioni al ricorrente che egli non avrebbe rischiato di finire sotto processo. Inoltre, in conseguenza della tempestiva risposta fornita al ricorrente, le autorità non avevano determinato alcuna situazione di incertezza nel ricorrente circa la legalità o meno della realizzazione degli immobili.

. V., sul punto, anche www.polizialocale.com: **"Lo stato di necessità non scrimina l'abuso edilizio"**.

La realizzazione della costruzione abusiva non può essere giustificata dalla mera necessità di evitare un danno alle cose.

La Corte di Cassazione sez. III pen., con sentenza n. 2250/2018, ha nuovamente ribadito che, in materia di abusivismo edilizio, non è configurabile l'esimente dello stato di necessità in quanto, pur essendo ipotizzabile un danno grave alla persona in cui rientri

anche il danno al diritto all'abitazione, difetta in ogni caso il requisito dell'inevitabilità del pericolo e che, in ogni caso, la realizzazione della costruzione abusiva non può essere giustificata dalla mera necessità di evitare un danno alle cose. A sostegno di ciò la Corte ha infatti rammentato che l'applicabilità dell'art. 54 cod. pen. in tema di costruzione abusiva è stata costantemente esclusa sul presupposto che è di regola evitabile il pericolo di restare senza abitazione, sussistendo la possibilità concreta di soddisfare il bisogno attraverso i meccanismi di mercato e dello stato sociale ed in considerazione dell'ulteriore elemento, necessario per l'applicazione della scriminante, del bilanciamento tra il fatto commesso ed il pericolo che l'agente intende evitare. Occorre pure aggiungere che, per escludere l'applicabilità della scriminante in questione, si è posto l'accento sulla mancanza dell'ulteriore requisito della inevitabilità del pericolo, osservando che l'attività edificatoria non è vietata in modo assoluto, ma è consentita nei limiti imposti dalla legge a tutela di beni di rilevanza collettiva, quali il territorio, l'ambiente ed il paesaggio, che sono salvaguardati anche dall'articolo 9 della Costituzione. Inoltre, è stato anche osservato che il danno grave alla persona, cui fa riferimento l'articolo 54 cod. pen., deve essere inteso come ogni danno grave ai diritti fondamentali dell'individuo, tra i quali non rientra soltanto la lesione della vita o dell'integrità fisica, ma anche quella del diritto all'abitazione, dovendo però sussistere comunque tutti i requisiti richiesti dalla legge, la valutazione dei quali deve essere effettuata in giudizio con estremo rigore.

(4) V., in materia, anche **Altalex: "Ordine di demolizione di immobile abusivo e tutela dell'abitazione: occorre il bilanciamento"**, Cassazione penale, Sez. III, sentenza 08/04/2019 n° 15141.

È l'autorità giudiziaria a dover stabilire, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, se demolire la casa di abitazione abusivamente costruita sia proporzionato rispetto allo scopo, riconosciuto legittimo dalla Corte EDU, che la normativa edilizia intende perseguire prevedendo la demolizione.

È quanto emerge dalla sentenza della Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione dell'8 aprile 2019, n. 15141.

Preme innanzitutto ricordare come, nel nostro ordinamento, l'ordine di demolizione non riveste una funzione punitiva, ma assolve ad una funzione ripristinatoria del bene tutelato. Il fondamento della previsione non è quello di sanzionare ulteriormente l'autore dell'illecito, ma quello di eliminare le conseguenze dannose della condotta medesima rimuovendo la lesione del territorio così verificatasi e ripristinando quell'equilibrio urbanistico-edilizio che i vari enti preposti hanno voluto stabilire.

Secondo il Collegio, in tema di reati edilizi, non sussiste un diritto assoluto all'inviolabilità del domicilio, tale da precludere l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, finalizzato a ristabilire l'ordine giuridico violato (Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2016, n. 18949).

In altra più recente decisione si è affermato che l'esecuzione dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo non contrasta con il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di cui all'art. 8 CEDU, posto che, non essendo desumibile da tale norma la sussistenza di alcun diritto assoluto ad occupare un immobile, anche se abusivo, solo perché casa familiare, il predetto ordine non viola in astratto il diritto individuale a vivere nel proprio legittimo domicilio, ma afferma in concreto il diritto della collettività a rimuovere la lesione di un bene o interesse costituzionalmente tutelato ed a ripristinare l'equilibrio urbanistico-edilizio violato (Cass. pen., Sez. III, 4 giugno 2018, n. 24882).

Gli ermellini evidenziano come il rispetto del principio di proporzionalità implichi, a carico dell'autorità giudiziaria, una valutazione, nel singolo caso concreto, se l'esecuzione dell'ordine di demolizione possa ritenersi giustificato in considerazione delle ragioni espresse dal destinatario della misura, al fine di bilanciare il suo diritto alla tutela dell'abitazione, ex art. 8 CEDU, e l'interesse dello Stato ad impedire l'esecuzione di interventi edilizi in assenza di regolare titolo abilitativo.

(5) V., sul punto, anche **AMBIENTEDIRITTO.it e Lex Ambiente:**

“Inammissibilità scriminante dello stato di necessità”.

[Cass. Sez. III n. 28499 del 10 luglio 2007](#) (Up 29 mag. 2007).

Lo stato di necessità è difficilmente ipotizzabile in materia di abusivismo edilizio o ambientale, quando il pericolo di restare senza abitazione è concretamente evitabile attraverso i meccanismi del mercato o dell'assistenza sociale. In tale materia manca non solo e non tanto il danno grave alla persona (secondo qualche decisione di legittimità per danno grave alla persona deve intendersi ogni danno grave ai suoi diritti fondamentali ivi compreso quello all'abitazione), ma anche e soprattutto l'inevitabilità del pericolo: infatti l'attività edificatoria non è vietata in modo assoluto, ma è consentita nei limiti imposti dalla legge a tutela di beni di rilevanza collettiva, quali il territorio, l'ambiente ed il paesaggio, che sono tutelati anche dall'articolo 9 della Costituzione. Di conseguenza, se il suolo è edificabile, le disagiate condizioni economiche non impediscono al cittadino di chiedere il permesso di costruire. Se il suolo non è edificabile, il diritto del cittadino a disporre di un'abitazione non può prevalere sull'interesse della collettività alla tutela del paesaggio e dell'ambiente.

(6) V. [www.giustiziainsieme](http://www.giustiziainsieme.it) : “Da Sud Fondi a GIEM, passando per Varvara: continua l’odissea della Confisca urbanistica”.

La sentenza ‘Giem’ contro Italia, del 28 giugno 2018, della Corte europea dei diritti dell’uomo ha riconosciuto la compatibilità con i principi della convenzione europea della confisca urbanistica disposta con sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato. Essa solo apparentemente pone fine ad un tormentato decennio nei rapporti tra Cedu e Giudice interno, in quanto le indicazioni fornite dalla Corte con riferimento alla tutela del terzo e ai presupposti di ‘proporzionalità’ e ‘strumentalità’ della confisca, evidenziano il rischio di possibili disarmonie nell’ambito del contesto normativo nazionale.

L'ANNULLAMENTO D'UFFICIO E L'ORDINE DI DEMOLIZIONE.

Stefano De Rosa

Il contrasto all'abusivismo edilizio tra obbligo di motivazione e legittimo affidamento.

SOMMARIO: **1.** Premesse. – **2.** L'annullamento d'ufficio del titolo edilizio illegittimo: l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017. – **3.** L'incidenza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione di manufatto abusivo: l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017. – **4.** Osservazioni conclusive.

Abstract

Il presente elaborato intende analizzare il problema del fondamento e dei limiti dell'annullamento d'ufficio del titolo edilizio illegittimo e, inoltre, dell'incidenza del decorso del tempo sull'intervento repressivo dell'Amministrazione rispetto ad abusi edilizi commessi in assenza di titolo. Assumono un ruolo centrale le pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 e 9 del 2017 che hanno contribuito a delineare un quadro coerente di principi da rispettare nel contrasto all'abusivismo edilizio.

Nell'ipotesi di annullamento di un titolo edilizio illegittimo il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'annullamento possa essere disposto entro un termine ragionevole decorrente dal momento della scoperta da parte dell'Amministrazione dei fatti e circostanze che giustificano il

ritiro. L'onere motivazionale risulta soddisfatto qualora l'Amministrazione svolga un giudizio comparativo tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e l'interesse privato al mantenimento del provvedimento. Tale onere è attenuato nell'ipotesi in cui vi siano interessi pubblici rilevanti sottesi al provvedimento amministrativo ovvero nell'ipotesi in cui il privato abbia fornito una prospettazione non veritiera dei fatti fondanti il provvedimento autorizzativo edilizio.

Nella diversa ipotesi di costruzione edificata *sine titulo*, il Consiglio di Stato ha ritenuto l'ordine di demolizione come atto vincolato che non richiede alcuna motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico che impongono la rimozione dell'abuso né la considerazione delle posizioni di eventuali controinteressati. In questo caso, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, l'inerzia della pubblica amministrazione protrattasi nel tempo non determina alcun legittimo affidamento in capo al privato, anche se il titolare attuale dell'immobile non sia il responsabile dell'abuso.

The purpose of the article is to investigate the problem about the limits of the "ex officio annulment" of illegitimate building permits and about the connection between the flow of time and the building demolition ordinance of the Administration.

The decisions of the Plenary Meeting of the State Council n. 8 and n. 9 of 2017 are very important because they state the general principles that regulate the contrast of building abuse.

The Plenary Meeting of the State Council considered that the "ex officio annulment" of illegitimate building permits can be decide in a reasonable time starting from the moment when the Administration becomes aware of the

facts that cause the infringed legality. The act of cancellation of a building permit's motivation must give evidence that a comparative assessment between the public interest in the establishment of the infringed legality and the private interest in maintaining the provision has been carried out. This burden is mitigated when the Administration has to decide in cases of "self-evident" public interests as well as in the case an individual gives a false representation of reality.

In the different hypothesis of unauthorized building, The Plenary Meeting of the State Council considered that the building demolition ordinance of the Administration doesn't need the motivation on the public interest to remove the illegal building or on the private interest. In this case, the Administration's inactivity for a long time can't cause a private's legitimate expectation, though the present private has not responsibilities of building abuse.

Premesse.

L'argomento in questione rappresenta una tematica particolarmente dibattuta, negli anni, in seno alla giurisprudenza amministrativa ed ha trovato soluzione nell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 8 e 9 del 2017.

Tali pronunce affrontano talune questioni di particolare interesse in materia di illeciti edilizi e, in particolare, in merito all'onere motivazionale che incombe sulla Pubblica Amministrazione ove intervenga su posizioni soggettive di privati, anche a distanza di molto tempo, in autotutela ovvero in via sanzionatoria.

Dal punto di vista normativo, il Testo Unico dell'Edilizia²³⁹ ha delineato il carattere vincolato ed obbligatorio del potere repressivo della Pubblica Amministrazione. Il Legislatore è

intervenuto in materia urbanistico edilizia prevedendo tre diverse misure repressive volte a contrastare la realizzazione di interventi abusivi: la demolizione, la sanzione pecuniaria, l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale o la confisca amministrativa²⁴⁰. Sul punto, come evidenziato, si sono susseguiti diversi orientamenti giurisprudenziali tra loro contrastanti in merito all'onere motivazionale gravante sulla Pubblica Amministrazione nell'ipotesi di provvedimento sanzionatorio dell'illecito edilizio²⁴¹. Contrasti, come detto, superati dalle pronunce richiamate che, prendendo atto del vuoto normativo esistente, hanno preso in considerazione i principi generali individuati nella legge n. 241 del 1990.

In primo luogo assume un ruolo centrale l'art. 3 della suddetta legge, il quale prevede l'obbligo, in capo alla Pubblica Amministrazione, di fornire un'adeguata motivazione a tutti gli atti amministrativi allo scopo di individuare tutti gli elementi di fatto e di diritto posti a fondamento del provvedimento amministrativo e di rendere così trasparente l'iter logico giuridico seguito dall'Amministrazione nell'adozione del provvedimento²⁴².

²⁴⁰ Misure disciplinate dagli artt. 27, 31, 32 comma 3, 33, 34, 35, 37 del d.P.R. n. 380/2001;

²⁴¹ Di tali contrasti giurisprudenziali se ne darà conto nel proseguo della presente trattazione;

²⁴² L'art. 3 della l. 241 del 1990 stabilisce che:

«1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama.

²³⁹ d.P.R. n. 380/2001 in G.U. 20 ottobre 2001;

In secondo luogo, tenuto conto della stretta connessione tra le pronunce in esame con l'istituto dell'autotutela amministrativa, viene in rilievo l'art. 21 *nonies* della l. n. 241 del 1990 il quale connota l'autotutela come potere discrezionale della Pubblica Amministrazione azionabile in ipotesi di illegittimità sostanziali ed a seguito della valutazione comparativa degli interessi privati e pubblici in gioco nel rispetto di termini massimi oltre che di precise regole procedurali²⁴³.

Tutto quanto premesso, per comprendere la portata applicativa delle posizioni espresse dall'Adunanza Plenaria nelle pronunce in esame, non può prescindere da una valutazione d'insieme sull'incidenza dell'abusivismo in materia edilizia nel nostro Paese.

Secondo i dati ufficiali²⁴⁴ dal 2017 ad oggi il numero di costruzioni abusive è sostanzialmente rimasto invariato, con una forte ed emergenziale incidenza nel Mezzogiorno laddove su cento strutture la metà risultano, per l'appunto, abusive.

4. *In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità' cui è possibile ricorrere*».

²⁴³ Occorre altresì sottolineare come l'art. 21 *nonies* attualmente in vigore abbia subito talune modifiche introdotte dall'art. 6 della l. 124 del 2015 ridisegnando i confini dell'autotutela decisoria nell'ottica di una stabilizzazione dei titoli edilizi. In particolare l'art. 6 citato ha inserito nella disposizione in esame un termine di natura perentoria ragionevole, «*diciotto mesi*», entro cui la Pubblica Amministrazione può procedere all'annullamento in autotutela di un provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici illegittimo. Inoltre ha introdotto una generale clausola di salvaguardia secondo cui il suddetto limite temporale non opera nell'ipotesi in cui «*il provvedimento amministrativo risulti emesso sulla base di false rappresentazioni dei fatti o dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false ovvero mendaci per effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato*».

²⁴⁴ Riportati sul “Rapporto BES (Benessere equo e sostenibile) 2019” elaborato dall'ISTAT e consultabile al sito www.istat.it.

In tale quadro si inseriscono le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 8 e n. 9 del 2017) nelle quali i Giudici di Palazzo Spada hanno affrontato rilevanti questioni che, sebbene diverse, sia in termini di poteri amministrativi presi in considerazione che di situazioni giuridiche soggettive oggetto di valutazione, hanno permesso di delineare un quadro coerente sul piano dei principi con rilevanti effetti in termini di soluzioni operative.

Le citate pronunce hanno infatti affrontato il problema del fondamento e dei limiti dell'annullamento d'ufficio del titolo edilizio illegittimo e il problema dell'incidenza del decorso del tempo sull'intervento repressivo dell'Amministrazione rispetto ad abusi edilizi commessi in assenza di titolo. Una prima differenza, invero, si rinviene sul fronte del potere amministrativo esercitato ove, nel primo caso, l'attività repressiva dell'Amministrazione consiste nell'annullamento d'ufficio del provvedimento autorizzativo (illegittimo) mentre, nel secondo caso, si esplica attraverso un ordine di demolizione del manufatto abusivo, in quanto carente di un qualsivoglia provvedimento autorizzativo rilasciato a monte.

Anche sul fronte delle situazioni giuridiche soggettive in gioco si riviene una sostanziale differenza: laddove sussista un provvedimento oggetto di annullamento d'ufficio da parte dell'Amministrazione è configurabile un interesse del cittadino al mantenimento della situazione giuridica soggettiva attribuita dall'Amministrazione stessa la quale dovrà adempiere all'onere motivazionale nei termini che di seguito si dirà; al contrario, in mancanza di qualsivoglia provvedimento amministrativo *ab origine*, non può sussistere alcun interesse giuridicamente apprezzabile del privato al mantenimento dell'abuso con conseguente affievolimento dell'onere motivazionale ascritto in capo all'Amministrazione.

L'annullamento d'ufficio del titolo edilizio illegittimo: l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017.

La fattispecie oggetto della pronuncia in esame riguardava un provvedimento comunale di annullamento in autotutela di un titolo in sanatoria, rilasciato da diverso tempo, con successivo ordine di demolizione del fabbricato motivato da un difetto nell'attività istruttoria svolta causato dall'errata prospettazione dello stato dei luoghi da parte del privato richiedente.

In primo grado il T.A.R. adito ha ritenuto legittimo l'annullamento in sanatoria adottato dall'Amministrazione in ragione della mala fede del privato che aveva determinato una situazione permanente *contra ius* con il conseguente venir meno di un legittimo affidamento al mantenimento dell'opera e il prevalente interesse pubblico al ripristino della legalità violata. Interesse che nel caso di abusi edilizi, ad avviso del T.A.R., risulterebbe *in re ipsa* e, dunque, senza particolare obbligo di motivazione.

Il caso approda alla Quarta Sezione del Consiglio di Stato la quale, rilevato il contrasto giurisprudenziale esistente, con ordinanza del 19 aprile 2017 n. 1830 rimetteva la seguente questione all'Adunanza Plenaria:

*«se, nella vigenza dell'art. 21-
nonies, come introdotto dalla legge n.
15 del 2005, l'annullamento di un
provvedimento amministrativo
illegittimo, sub specie di concessione in
sanatoria, intervenuto ad una distanza
temporale considerevole dal
provvedimento annullato, debba o
meno essere motivato in ordine alla
sussistenza di un interesse pubblico
valutato in concreto in correlazione ai*

*contrapposti interessi dei privati
destinatari del provvedimento
ampliativo e agli eventuali interessi dei
controinteressati, indipendentemente
dalla circostanza che il comportamento
dei privati possa aver determinato o
reso possibile il provvedimento
illegittimo, anche in considerazione
della valenza - sia pure solo a fini
interpretativi - della ulteriore novella
apportata al citato articolo, la quale
appare richiedere tale valutazione
comparativa anche per il
provvedimento emesso nel termine di
18 mesi, individuato come ragionevole,
e appare consentire un legittimo
provvedimento di annullamento
successivo solo nel caso di false
rappresentazioni accertate con
sentenza penale passata in giudicato».*

L'ordinanza di rimessione n. 1830/2017 ha sostanzialmente chiesto al Supremo Consesso di chiarire: a) se l'annullamento *ex officio* di un titolo edilizio in sanatoria intervenuto a notevole distanza di tempo dal provvedimento originario debba comunque essere motivato in relazione ad un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione e ai contrapposti interessi dei soggetti incisi; b) se, ai fini di tale comparazione, rilevi che il privato abbia indotto in errore l'Amministrazione attraverso l'allegazione di circostanze non veritiere idonee a determinare l'adozione dell'originario provvedimento favorevole;

Il quesito si è reso necessario a fronte di due opposti orientamenti giurisprudenziali che, in punto di annullamento d'ufficio del titolo edilizio, nella contrapposizione tra interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione e situazione soggettiva del privato, si sono dimostrati l'uno più sensibile al contrasto dell'abusivismo edilizio, l'altro più attento alle ragioni della

tutela dell'affidamento al cittadino nei riguardi dell'Amministrazione.

In base ad un primo orientamento²⁴⁵, allo stato maggioritario, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio illegittimo risulta *in re ipsa* corrispondente all'interesse pubblico al ripristino della legalità violata. Sicché, secondo i sostenitori di tale tesi, non sussiste in capo all'Amministrazione alcun onere di ponderazione in concreto degli interessi in giuoco, quello pubblico da un lato e quello (configgente) del privato dall'altro. Ne segue una svalutazione della motivazione del provvedimento di annullamento d'ufficio in quanto il rilascio del titolo illegittimo determina la sussistenza di una permanente situazione *contra ius* a cui si correla il potere-dovere dell'Amministrazione di annullare in ogni tempo il titolo edilizio illegittimamente rilasciato. Talune pronunce, inoltre, riconducono l'assenza di un onere motivazionale del provvedimento di annullamento d'ufficio al caso in cui l'illegittimità del titolo edilizio sia stata determinata da una falsa rappresentazione dei fatti e dello stato dei luoghi imputabile al beneficiario del titolo stesso²⁴⁶. Onere di motivazione che, in altre decisioni²⁴⁷, risulta comunque attenuato quando l'illegittimità del titolo discenda da errori di valutazione imputabili alla stessa Amministrazione.

Contrapposte al filone giurisprudenziale testé richiamato si collocano più recenti e minoritarie pronunce²⁴⁸ nelle quali il Consiglio di Stato ha ritenuto come, anche nel caso di annullamento *ex officio* di titoli edilizi in sanatoria, debbano trovare integrale applicazione i generali

presupposti legali di cui all'art. 21 *nonies* della l. 241 del 1990²⁴⁹, escludendo così la possibilità per l'Amministrazione di fondare l'adozione dell'atto di ritiro sul mero intento di ripristinare la legalità violata. Al contrario il potere di annullamento d'ufficio trova il suo fondamento sul presupposto dell'illegittimità dell'atto emesso e su due ulteriori presupposti riferiti a concetti indeterminabili, rimessi cioè alla discrezionalità amministrativa: la ragionevolezza del termine di esercizio del potere di ritiro e dell'interesse pubblico alla rimozione e la considerazione dell'interesse dei destinatari²⁵⁰. Nell'ipotesi in esame, l'orientamento in parola ha dunque affermato il generale obbligo in capo all'Amministrazione di operare un motivato bilanciamento tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e l'interesse dei destinatari al mantenimento dello *status quo ante*, in ossequio alla garanzia della tutela dell'affidamento dei destinatari circa la certezza e la stabilità degli effetti giuridici prodotti dal provvedimento illegittimo, anche in ragione del decorso del tempo e della natura dei titoli oggetto di annullamento²⁵¹.

²⁴⁵ *Ex multis* Cons. Stato, IV, 19 agosto 2016, n. 3660 e Cons. Stato, V, 8 novembre 2012, n. 5691.

²⁴⁶ Cons. Stato, IV, 27 agosto 2012, n. 4619.

²⁴⁷ Cons. Stato, sent. n. 5691 del 2012 cit..

²⁴⁸ *Ex multis* Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2016, n. 351 e Cons. Stato, IV, 15 febbraio 2013, n. 915.

²⁴⁹ L'art. 21 *nonies* della l. 241 del 1990 prevede che il provvedimento amministrativo illegittimo, sussistendo ragioni di pubblico interesse, debba essere annullato d'ufficio entro un termine ragionevole individuato, in seguito alla novella intervenuta sulla disposizione in esame ad opera dell'art. 6 della l. 124 del 2015, in non più di diciotto mesi. Prevede altresì che l'Amministrazione, in sede di annullamento, debba tenere conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, con inevitabili ripercussioni in punto di motivazione.

²⁵⁰ In questo senso Cons. Stato, VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

²⁵¹ L'orientamento richiamato ha evidenziato come la motivata ponderazione tra i diversi interessi in gioco risulti ancor più necessaria nel caso di atti di ritiro di titoli edilizi, i quali sono destinati ad esaurirsi con l'adozione dell'atto ampliativo, palesando una scelta legislativa volta a riconoscere maggiore rilevanza all'interesse dei privati destinatari dell'atto e minore

Bilanciamento che, ai fini della legittimità della decisione, deve rinvenirsi chiaramente in motivazione²⁵².

A fronte dei due orientamenti giurisprudenziali sin qui sinteticamente ripercorsi, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato le diverse questioni sottoposte secondo una precisa sequenza logico - sistematica.

In primo luogo i giudici di Palazzo Spada hanno esaminato la questione inerente all'applicazione dei principi generali trasfusi nella previsione dell'art. 21 *nonies* nell'ipotesi di annullamento *ex officio* di un titolo edilizio in sanatoria. Ebbene, sul punto il Collegio ha ritenuto applicabili le generali categorie in tema di annullamento *ex officio* di atti amministrativi illegittimi non essendo configurabile un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione degli stessi. Conseguentemente grava in capo all'Amministrazione «l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti»²⁵³.

Gli argomenti addotti a sostegno di tale posizione, *prima facie* a favore dell'orientamento giurisprudenziale più garantistico tra quelli in campo, sono molteplici e convincenti.

L'Adunanza Plenaria ha sottolineato la necessità di responsabilizzare l'Amministrazione nel rapporto con i privati, pretendendo da un lato uno scrupoloso esame delle pratiche di

rilevanza all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto i cui effetti si sono ormai prodotti in via definitiva.

²⁵² Elemento ribadito dal Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2016, n. 351 e Cons. Stato, IV, 15 febbraio 2013, n. 915.

²⁵³ Cons. Stato, Ad. Pl., n. 8 del 2017, par. 9. In questo senso si veda più recentemente Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2018, n. 6983.

sanatoria o comunque di permesso di costruire già rilasciato, oltre che del diniego *ex ante* delle istanze che si rivelino infondate, dall'altro lato un atteggiamento basato sul generale principio di chiarezza e trasparenza. Il Supremo Consesso ha altresì evidenziato come «l'incondizionata adesione alla (pur suggestiva) formula dell'interesse pubblico *in re ipsa* possa produrre effetti distorsivi, consentendo in ipotesi-limite all'Amministrazione dapprima di restare inerte anche per un lungo lasso di tempo e poi di adottare un provvedimento di ritiro privo di alcuna motivazione, in tal modo restando pienamente de-responsabilizzata», non assumendo mai su di sé la responsabilità delle proprie decisioni potendole rivedere in ogni tempo senza doverle neppure motivare²⁵⁴.

Quanto detto trova ulteriore conferma se si considera il recente intervento legislativo che, con il comma 2 dell'art. 36 della l. 7 agosto 2015 n. 124, ha espressamente abrogato il comma 136 dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2004 n. 311 espungendo così dall'ordinamento il principale appiglio normativo della teorica dell'interesse pubblico *in re ipsa*²⁵⁵. Inoltre, in assenza di un solido fondamento normativo, l'adesione alla tesi dell'interesse pubblico *in re ipsa* finirebbe per legittimare l'esercizio dell'autotutela

²⁵⁴ Si pensi all'ipotesi di annullamento del provvedimento intervenuto a distanza di tempo basato su profili meramente formali o procedurali. In tale ipotesi l'annullamento d'ufficio non perseguirebbe alcun fine repressivo verso l'abusivismo edilizio atteso che l'immobile oggetto del provvedimento autorizzativo viziato potrebbe ben essere corrispondente alla disciplina edilizia e urbanistica vigente.

²⁵⁵ Il comma 136 dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2004 n. 311 consentiva in ogni tempo alle amministrazioni pubbliche di disporre l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi fosse ancora in corso, a condizione che tale annullamento mirasse «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari».

decisoria da parte dell'Amministrazione «espungendo in via ermeneutica due elementi normativamente indefettibili quali la ragionevolezza del termine e la motivata valutazione dei diversi interessi in gioco», elementi indicati espressamente dall'art. 21 *nonies*²⁵⁶, con l'effetto di rendere vincolato un potere legislativamente previsto come discrezionale²⁵⁷.

Chiarito il principio secondo cui l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro tenendo conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole, l'Adunanza Plenaria ha individuato taluni elementi volti di fatto ad alleggerire il lavoro di repressione degli abusi edilizi commessi dai privati in esecuzione di titoli edilizi illegittimi.

In ordine all'incidenza del decorso del tempo sul potere di annullamento d'ufficio, i Giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato come tale circostanza non comporti l'esaurimento del potere amministrativo di riesame del provvedimento illegittimo ma, diversamente, determini un dovere di valutazione via via più approfondita tra l'interesse pubblico al ritiro dell'atto illegittimo e il complesso delle altre circostanze e interessi rilevanti²⁵⁸. In altri

termini il decorso del tempo fa sorgere in capo all'Amministrazione un onere motivazionale circa l'attuale sussistenza di un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto.

Quanto al «termine ragionevole»²⁵⁹ entro cui l'Amministrazione è chiamata a pronunciarsi, l'Adunanza Plenaria ha inoltre precisato che «la nozione di ragionevolezza del termine è strettamente connessa a quella di esigibilità in capo all'Amministrazione»²⁶⁰, ragione per cui appare del tutto congruo che il termine in questione decorra soltanto dal momento in cui l'Amministrazione sia venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto o, nel caso di titoli abitativi rilasciati in base a false dichiarazioni da parte del privato, dal momento in cui l'Amministrazione abbia avuto conoscenza della non veridicità delle stesse.

L'ulteriore elemento individuato dall'Adunanza Plenaria, volto a favorire l'attività repressiva degli abusi edilizi ad opera dell'Amministrazione, consiste nell'attenuazione dell'onere motivazionale in caso di annullamento in autotutela fondato su interessi pubblici rilevanti. La necessaria valutazione dell'interesse dei privati e l'obbligo di motivazione via via più stringente in relazione al decorso del

²⁵⁶ L'Adunanza Plenaria ha altresì precisato che tale disposizione non può che trovare applicazione al caso di specie in quanto non esiste una disciplina speciale sui presupposti per l'annullamento d'ufficio di titoli edilizi.

²⁵⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8 del 2017, par. 9.4 dove si osserva che nel caso si affermasse la sussistenza di un interesse pubblico *in re ipsa* al ripristino della legittimità violata, l'Amministrazione non avrebbe più alcun margine per valutare né il decorso del tempo, né la sussistenza di un interesse pubblico in senso contrario, né infine l'interesse del privato destinatario dell'atto. In questo senso si veda Cons. Stato, IV, 7 settembre 2018, n. 5277.

²⁵⁸ A diverse conclusioni si perviene qualora si prenda in considerazione il testo dell'art. 21 *nonies* della l. 241 del 1990 come modificato dall'art. 6 della

legge n. 124 del 2015: la modifica citata, non ritenuta applicabile al caso *de quo* in quanto precedente all'entrata in vigore della novella normativa, non comporta più solo l'obbligo di una valutazione via via più accorta tra interesse pubblico e interesse del controinteressato ma comporta, per taluni provvedimenti autorizzativi, l'esaurimento del potere amministrativo di riesame con lo spirare del termine di diciotto mesi. Per un approfondimento sul punto si veda M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2015 e PAGLIAROLI C., *La storia infinita dell'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi: nessun revirement da parte dell'Adunanza Plenaria*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 1, 2018, p. 92.

²⁵⁹ Previsto dall'art. 21 *nonies* della legge 241 cit.

²⁶⁰ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 2017, par. 10.6.

tempo non possono negare «la preminenza che deve essere riconosciuta al complesso di interessi e valori sottesi alla disciplina edilizia e urbanistica»²⁶¹. Pertanto nell'ipotesi in cui l'abuso edilizio risulti particolarmente grave²⁶², ove cioè venga in rilievo la tutela di preminenti valori pubblici di carattere autoevidente, «l'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate»²⁶³.

L'onere motivazionale risulta, infine, ulteriormente attenuato nell'ipotesi in cui il provvedimento illegittimo rilasciato dall'Amministrazione sia frutto di circostanze non veritiere a suo tempo prospettate dal soggetto interessato. In tale ipotesi l'Adunanza Plenaria, in linea con quanto ritenuto in precedenti pronunce²⁶⁴, ha sottolineato come non si possa affermare la sussistenza di un affidamento legittimo e incolpevole al mantenimento dello *status quo* ante in capo al soggetto che, con la non veritiera prospettazione delle circostanze rilevanti, abbia determinato l'adozione di un atto illegittimo a lui favorevole. In tal caso l'Amministrazione potrà legittimamente

fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze prospettate, non sussistendo alcuna posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico²⁶⁵.

L'incidenza del decorso del tempo sull'ordine di demolizione di manufatto abusivo: l'intervento dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017.

La pronuncia in esame, insieme alla sentenza n. 8 del 2017, ha contribuito a delineare il quadro dei principi che ispirano l'attività repressiva dell'Amministrazione verso l'abusivismo edilizio.

Nella fattispecie era stato impugnato un ordine di demolizione di opere abusive, realizzate in epoca risalente da un soggetto diverso dagli odierni proprietari. In primo grado il T.A.R. competente ha respinto il ricorso ritenendo che l'ordine di demolizione, in quanto atto rigidamente vincolato, non necessitasse di una motivazione puntuale in ordine alle ragioni di interesse pubblico deponenti nel senso della demolizione e di una valutazione in ordine all'eventuale stato soggettivo di buona fede dell'attuale proprietario dell'immobile.

Veniva dunque instaurato un giudizio di impugnazione innanzi alla Sesta Sezione del Consiglio di Stato la quale, rilevata

²⁶¹ Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 2017, par. 11.

²⁶² L'Adunanza Plenaria considera a titolo esemplificativo l'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia rilasciato un titolo edilizio illegittimo in un'area interessata da vincolo di inedificabilità assoluta o caratterizzata da un grave rischio sismico.

²⁶³ Cons. Stato, Ad. Plen. cit., par. 11. Un'applicazione del principio così individuato dall'Adunanza Plenaria si ritrova nella recentissima pronuncia Cons. Stato, VI, 19 marzo 2019, n. 1802, ove si è ritenuto legittimo l'annullamento in autotutela di un provvedimento autorizzativo relativo a costruzioni erette in terreno sottoposto a vincolo aeroportuale. Per rilievi critici sul punto si veda POSTERARO N., *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 5, 2017, p. 1103B.

²⁶⁴ Cons. Stato, IV, 12 dicembre 2016, n. 5198 e Id., V, 13 maggio 2014, n. 2451.

²⁶⁵ In questo senso si veda Cons. Stato, II, 21 ottobre 2019, n. 7094 e Cons. Stato, V, 27 giugno 2018 n. 3940. Si veda altresì *ex multis* T.A.R. Lazio, Latina, I, 10 aprile 2019 n. 279, T.A.R. Potenza, Sez. I, 5 novembre 2018, n. 725 e T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VI, 10 aprile 2018, n. 2315. Si segnala sul punto la posizione fortemente critica di parte della dottrina che arriva a ritenere che la pronuncia in esame non sia riuscita a sopire il contrasto che l'ha occasionata. In questo senso si veda BERTONAZZI L., *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc. 2, 2018, p. 730.

l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale circa l'onere motivazionale gravante sulla Pubblica Amministrazione ai fini dell'adozione di ordinanze di demolizione di immobili abusivi, con l'ordinanza n. 1337 del 24 marzo 2017 ha rimesso all'Adunanza Plenaria la seguente questione:

«se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (nella specie, trasferito mortis causa) debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio»²⁶⁶.

In altri termini l'Adunanza Plenaria è chiamata a chiarire se, nel caso di immobile realizzato *sine titulo*, l'ordine di demolizione emesso anche a distanza di molto tempo debba essere adeguatamente motivato tenendo conto del legittimo affidamento del soggetto interessato e se assuma rilevanza la circostanza che l'attuale proprietario del bene non sia il responsabile dell'abuso e non vi siano intenti elusivi della normativa in tema di onere di ripristino.

Anche in questo caso si sono contrapposti due orientamenti giurisprudenziali.

Secondo il primo orientamento (maggioritario), più propenso ad agevolare l'attività repressiva dell'Amministrazione, l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo non richiede una particolare motivazione circa la sussistenza di uno specifico interesse pubblico al ripristino della legittimità violata, quand'anche sia decorso un considerevole lasso di tempo dalla commissione dell'abuso. In tale ipotesi, infatti, deve escludersi la configurabilità di un legittimo affidamento in capo a colui che abbia edificato la costruzione *ab origine* illecita o al suo avente causa nonostante il decorso del tempo dal commesso abuso²⁶⁷. Dunque, in base all'orientamento in parola, l'ordine di demolizione è atto vincolato che prescinde da una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico e da una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati. Tale atto, come evidenziato, non necessita di una motivazione in merito alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione non potendosi ritenere ammissibile alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, giammai legittimabile dal trascorrere del tempo²⁶⁸. Diversamente opinando - e quindi riconoscendo un effetto sanante al decorso del tempo - secondo tale

²⁶⁶ La questione fu affrontata nel 1983 dalla stessa Adunanza Plenaria che, dopo aver affermato la generale non necessità di una specifica motivazione, in ragione della natura vincolata dell'attività repressiva degli illeciti edilizi, individuò una eccezione nell'ipotesi in cui l'inerzia dell'Amministrazione, in presenza dell'abuso perpetrato, fosse durata un lasso di tempo molto rilevante. In particolare l'Adunanza ritenne che «il lunghissimo decorso del tempo, senza che l'Amministrazione si sia comunque preoccupata di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto violata, (...), impone che l'eventuale iniziativa demolitoria abbisogni di essere sorretta da motivazioni più adeguate, rispetto a quella che si riferisca alla semplice constatazione dell'abusività dell'opera», in questi termini Cons. Stato, Ad. Plen., 19 maggio 1983, n. 12.

²⁶⁷ Si veda *ex multis* Cons. Stato, VI, 10 maggio 2016, n. 1774; Id., VI, 23 ottobre 2015, n. 4880 e Id., VI, 11 dicembre 2013 n. 5943.

²⁶⁸ In questo senso si veda Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2017, n. 908; Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2013, n. 5943; Id., VI, 15 gennaio 2015, n. 13; Id., VI, 23 ottobre 2015, n. 4880; Id., IV, 28 febbraio 2017, n. 908; Id., VI, 11 maggio 2011, n. 2781; Id., IV, 31 agosto 2010, n. 3955; In senso conforme si vedano inoltre T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 7 novembre 2016, n. 5096; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 23 febbraio 2015, n. 3117; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 8 giugno 2015, n. 547.

orientamento si ammetterebbe una sorta di «*sanatoria extra ordinem*», operante anche nelle ipotesi in cui il soggetto interessato non abbia potuto - o voluto - attivarsi per ottenere il rilascio del provvedimento sanante²⁶⁹.

Diverso orientamento giurisprudenziale (minoritario), pur condividendo in termini generali che l'ordine di demolizione rappresenta un atto dovuto che non richiede motivazione, ha riconosciuto una particolare rilevanza all'affidamento del privato derivato da un lato dal lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e dall'altro lato dal protrarsi dell'inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza. In tale ipotesi sorge in capo a quest'ultima un onere di congrua motivazione avuto riguardo dell'entità e tipologia dell'abuso oltre che del pubblico interesse idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato²⁷⁰.

Secondo talune pronunce riconducibili a questo filone interpretativo, l'onere motivazionale deve rinvenirsi esclusivamente nell'ipotesi in cui sia trascorso un importante lasso di tempo dalla commissione dell'abuso, realizzato da persona diversa dal proprietario attuale del bene, il quale, al tempo, abbia ricevuto la *res* in forza di un atto di trasferimento privo di finalità elusive²⁷¹.

A fronte dei due orientamenti giurisprudenziali sinteticamente ripercorsi, la decisione assunta dall'Adunanza Plenaria si colloca

²⁶⁹ In tal senso Cons. Stato, VI, 15 gennaio 2015, n. 13.

²⁷⁰ In tal senso Cons. Stato, IV, 2 novembre 2016, n. 4577; Id., VI, 18 maggio 2015, n. 2512; Id., V, 15 luglio 2013, n. 3847; Id., IV, 18 aprile 2011, n. 2266; Id., V, 29 maggio 2006, n. 3270.

²⁷¹ A conclusioni non dissimili - rileva l'Adunanza Plenaria - è pervenuta quella parte della giurisprudenza che ha ritenuto il decorso del tempo elemento utile ai fini difensivi nei confronti dell'Amministrazione e del dante causa in ragione della sua incidenza sulla certezza dei rapporti giuridici. In tal senso si veda Cons. Stato, IV, 4 marzo 2014, n. 1016; id., V, 5 luglio 2013, n. 3847; id., V, 24 novembre 2013, n. 2013.

nettamente a favore della prima tesi maggiormente propensa ad agevolare l'attività repressiva dell'Amministrazione.

I Giudici di Palazzo Spada hanno infatti ritenuto come, in caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione di un manufatto edilizio *sine ullo titulo*, «la mera inerzia da parte dell'Amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non [sia] idonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine illegittimo»²⁷². Inoltre, tale inerzia non può certamente porsi a fondamento di un affidamento legittimo ascrivibile al proprietario dell'abuso mancando un provvedimento amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata.

Da quanto sin qui evidenziato discende che al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione non possa essere connessa «la sostanziale perdita del potere di contrastare il grave fenomeno dell'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in quale misura l'edificazione avvenuta senza titolo»²⁷³, non potendosi rinvenire alcuna possibile giustificazione normativa ad una siffatta forma di sanatoria automatica o *preater legem*²⁷⁴.

Invero tale assunto viene condiviso anche dall'orientamento giurisprudenziale più attento al riconoscimento delle ragioni e delle prerogative proprietarie, il quale non sostiene *tout court* l'illegittimità dell'ordine di demolizione quale diretta conseguenza della sua tardiva emanazione ma in tal caso configura in capo all'Amministrazione un onere di motivazione sia in ordine alle ragioni di interesse pubblico concreto ed attuale sottese alla demolizione, sia alla comparazione tra l'interesse al ripristino della legalità violata e l'interesse del

²⁷² Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9 del 2017, par. 4.

²⁷³ Cons. Stato, Ad. Plen. cit., par. 5.1.

²⁷⁴ In questo senso si veda Cons. Stato, VI, 4 marzo 2019, n. 1498.

privato alla conservazione dell'immobile abusivo.

L'Adunanza Plenaria, tuttavia, dimostra di aderire all'orientamento giurisprudenziale maggioritario evidenziando come, in caso di costruzione compiuta *sine titulo*, non si ponga nemmeno il problema di affidamento del privato poiché questo presuppone «una posizione favorevole all'intervento riconosciuta da un atto in tesi illegittimo poi successivamente oggetto di un provvedimento di autotutela»²⁷⁵. Ed infatti non viene qui in rilievo l'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia, a distanza di tempo dal rilascio, disposto l'annullamento in autotutela di un titolo edilizio illegittimamente adottato ovvero del provvedimento di sanatoria rilasciato in assenza dei necessari presupposti legittimanti, il che giustificherebbe il sorgere di una posizione di affidamento del soggetto interessato. Il caso in esame, invece, contempla la diversa ipotesi in cui l'Amministrazione disponga la demolizione di fabbricati *ab origine* privi di qualunque titolo legittimante e non ammessi a sanatoria. Ebbene mancando un affidamento da tutelare, non occorre che l'ordinanza di demolizione sia motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto. Più esattamente, secondo i Giudici di Palazzo Spada, perché l'ordine di demolizione risulti adeguatamente motivato è sufficiente il richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento senza che si impongano gli oneri motivazionali propri dell'autotutela decisoria²⁷⁶.

Ad ulteriore conferma delle argomentazioni sin qui sostenute, l'Adunanza Plenaria richiama una serie di

²⁷⁵ Cons. Stato, Ad. Plen. cit., par. 6.1. Sul punto si veda LO CURTO M., *La ritrosia della giurisprudenza amministrativa nell'applicazione del binomio tempomotivazione alla luce dei principi di legittimo affidamento e certezza del diritto*, in *Foto Amministrativo (II)*, fasc. 5, 2018, p. 790.

²⁷⁶ Cons. Stato, Ad. Plen. cit., par. 6.1. Così già Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2017, n. 908.

precedenti giurisprudenziali pervenuti alle medesime conclusioni.

In talune pronunce si è infatti affermato che il trascorso del tempo tra la realizzazione dell'abuso e l'adozione dell'ordine di demolizione non determina l'insorgenza di uno stato di legittimo affidamento quanto, piuttosto, rafforza il carattere abusivo dell'opera²⁷⁷.

Altri interventi hanno inoltre evidenziato il carattere del tutto vincolato dell'ordine di demolizione che, pertanto, non necessita di una particolare motivazione circa l'interesse pubblico sotteso a tale determinazione né tanto meno deve prendere in considerazione l'ipotetico interesse del privato alla permanenza *in loco* dell'*opus*²⁷⁸.

Altri ancora hanno posto l'attenzione sulla rimproverabilità della condotta posta in essere dal soggetto interessato, privo di qualsiasi tutela da parte dell'ordinamento in quanto consapevolmente (e colpevolmente) responsabile della situazione antigiusuridica in cui si è venuto a trovare, trattandosi di costruzione volontariamente realizzata *contra legem* giammai legittimante un affidamento²⁷⁹.

Sul punto, tuttavia, l'Adunanza Plenaria compie un passo ulteriore.

Prescindendo dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante dell'immobile, l'ordine di demolizione di costruzioni abusive assume un carattere reale che, pertanto, non richiede alcuna ulteriore motivazione nel caso in cui gli effetti del provvedimento siano destinati ad eseguirsi verso chi non abbia commesso la violazione ovvero abbia acquistato l'immobile con atto privo di intenti elusivi ma si trovi, al momento dell'irrogazione, in un rapporto con la *res* tale da assicurare la restaurazione

²⁷⁷ Si veda *ex multis* Cons. Stato, VI, 27 marzo 2017, n. 1386 e Id., VI, 6 marzo 2017, n. 1060.

²⁷⁸ In tal senso *ex multis* Cons. Stato, VI, 21 marzo 2017, n. 1267.

²⁷⁹ In questi termini Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2017, n. 908 e Id., VI, 13 dicembre 2016, n. 5256.

dell'ordine giuridico violato²⁸⁰. In altri termini l'impossibilità di configurare un affidamento in capo a colui che abbia costruito *sine titulo* ed il carattere vincolato dell'ordine di demolizione portano inevitabilmente e logicamente ad escludere l'esistenza di un onere motivazionale anche nel caso in cui l'attuale proprietario dell'immobile non sia responsabile dell'abuso e la cessione non sia stata effettuata con intenti elusivi²⁸¹.

Osservazioni conclusive.

Le sentenze in commento forniscono un importante chiarimento in merito all'entità dell'onere motivazionale che incombe in capo all'Amministrazione qualora incida su posizioni soggettive private, in un caso annullando in via di autotutela un precedente titolo edilizio rivelatosi illegittimo, nell'altro caso irrogando la sanzione demolitoria verso opere realizzate *sine titulo*.

Ad uno sguardo complessivo, i principi posti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle pronunce in commento rispondono all'attuale e sempre più urgente esigenza di ristabilire la legalità nell'ambito dell'edilizia privata²⁸².

²⁸⁰ Cons. Stato, VI, 26 luglio 2017, n. 3694.

²⁸¹ Quanto detto, inoltre, porta con sé importanti conseguenze dal punto di vista della partecipazione al procedimento amministrativo da parte del destinatario dell'atto. L'ordine di demolizione, infatti, in quanto atto vincolato e dovuto, non richiede la preventiva comunicazione di avvio del procedimento a tutela della posizione del privato autore dell'abuso edilizio, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto. In questo senso si vedano *ex multis* Cons. Stato, VI, 11 marzo 2019, n. 1621; Id., II, 26 aprile 2019, n. 2668; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 5 giugno 2019, n. 7300 e T.A.R. Campania – Napoli, VII, 4 giugno 2019, n. 3014.

²⁸² Per una ulteriore analisi congiunta delle pronunce in esame si veda LONGO A. e CANZONIERI E., *La motivazione nell'esercizio del potere repressivo della P.A. in materia urbanistico – edilizia, in Norma quotidiano d'informazione giuridica*, in

Un tanto giustifica la posizione dell'Adunanza Plenaria, per taluni ritenuta eccessivamente rigida²⁸³, chiaramente sbilanciata a favore dell'Amministrazione nei rapporti con il cittadino. Invero anche la pronuncia più attenta alla posizione giuridica del privato giunge ad ammettere l'esistenza di talune fattispecie (ove si ritrovino interessi c.d. auto-evidenti) in presenza delle quali finisce per prevalere la vincolatività dell'annullamento con conseguente attenuazione dell'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione.

Tuttavia la motivazione è l'elemento nel quale si esprimono i principi generali del diritto amministrativo di trasparenza e lealtà: è attraverso la motivazione, infatti, che può esplicitarsi il sindacato sul procedimento e sull'atto espressione del potere esercitato dall'Amministrazione stessa.

Ebbene l'attività di contrasto all'abusivismo edilizio non può determinare, nel perseguimento della legalità, un'attività della Pubblica Amministrazione poco attenta all'osservanza dei principi, propri di uno Stato di diritto, di buona fede, correttezza e lealtà nei confronti dei cittadini. Né tanto meno può determinare un eccessivo irrigidimento nelle valutazioni operate dall'Amministrazione, specie in riferimento alla tutela dell'affidamento nell'ipotesi in cui il privato abbia indotto

www.norma.dbi.it e CAPPANNELLA V., *Obbligo di motivazione di provvedimenti adottati in via di autotutela ed in via sanzionatoria: il punto dell'Adunanza Plenaria*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.

²⁸³ TRIMARCHI M., *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1, pag. 67 e ss., secondo cui l'apprezzamento in concreto dei fatti e degli interessi, nonché il bilanciamento tra valori contrapposti, è la tecnica applicativa più acconcia alla logica della buona fede (oggettiva), principio irrinunciabile anche quando l'attività amministrativa sia diretta alla repressione degli abusi edilizi.

in errore l'Amministrazione con dichiarazioni non veritiere.

Sul punto non appare infondato il timore manifestato da parte della dottrina²⁸⁴ in merito alla rigida valutazione a cui è legittimata l'Amministrazione innanzi alle diverse possibili rappresentazioni, più o meno non veritiere, prospettate dal privato. Se, infatti, può condividersi quanto ritenuto dal Consiglio di Stato nell'ipotesi in cui l'erronea rappresentazione sia derivata da negligenza o malafede del privato, altrettanto non può dirsi nell'ipotesi in cui questa dipenda da un'incertezza interpretativa della normativa ovvero da fattori che rendano oggettivamente difficile rappresentare la situazione di fatto.

Inoltre, nell'esame operato dalla Pubblica Amministrazione circa l'errata rappresentazione delle circostanze di fatto da parte del privato, non sembra esservi spazio per una valutazione in ordine al livello di gravità dell'erronea comunicazione. In altri termini occorre domandarsi se, ad esempio, la dichiarazione effettuata dal privato circa le volumetrie del manufatto oggetto di sanatoria, di poco difforme rispetto alla realtà, possa legittimare un'azione repressiva dell'Amministrazione che prescindendo dal considerare l'affidamento dell'interessato, in ragione della rappresentazione non veritiera seppur basata su circostanze in concreto irrilevanti.

Letta in questi termini, l'interpretazione fornita dall'Adunanza sul punto sembra non attribuire particolare rilievo all'elemento psicologico delle dichiarazioni rese nel procedimento definito dall'atto oggetto di annullamento. Ne consegue che tale interpretazione arriva a penalizzare anche quei soggetti

che abbiano reso dichiarazioni false in buona fede ovvero indipendentemente dalla concreta rilevanza delle stesse, così determinando una significativa riduzione della tutela accordata all'affidamento.

Sul punto deve altresì evidenziarsi l'esistenza di un vuoto normativo in merito al potere, ascritto in capo alla Pubblica Amministrazione, di concreta verifica sull'elemento soggettivo nella condotta posta in essere dal privato.

Come rilevato in dottrina, tale mancata previsione legislativa contribuisce alla svalutazione dell'elemento psicologico poiché di per sé esonera l'Amministrazione dal verificare se la dichiarazione, anche su elementi di scarsa rilevanza, sia o meno il frutto della mera negligenza e non della mala fede del privato²⁸⁵. La previsione legislativa della suddetta facoltà garantirebbe una più adeguata tutela ai soggetti in buona fede al di là di ogni possibile automatismo che arrivi ad escludere la tutela dell'affidamento in presenza di false dichiarazioni.

Atteso il vuoto normativo esistente, l'interpretazione fornita dai Giudici di Palazzo Spada, pertanto, ha determinato un forte sbilanciamento in favore dell'attività repressiva dell'Amministrazione affermando una vera e propria regola assoluta, destinata a trovare applicazione ogniqualvolta, nel bilanciamento tra gli interessi in giuoco, l'interesse pubblico risulti auto-evidente ovvero non risulti configurabile in capo al privato alcun affidamento nei termini anzidetti.

²⁸⁴ ZAMPETTI E., *Osservazioni a margine della Plenaria n. 8 del 2017 in materia di motivazione nell'annullamento d'ufficio*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2, 2018.

²⁸⁵ ZAMPETTI E., *Op. cit.*

SOSTENIBILITA' AMBIENTALE, ENERGIE RINNOVABILI ED EFFICIENTAMENTO.

Roberto Miccù²⁸⁶
Michela Bernardi²⁸⁷

*Brevi note sulla funzione
promozionale dei pubblici poteri²⁸⁸.*

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Le dinamiche evolutive della disciplina europea per la promozione delle fonti rinnovabili. - 3. Dalla programmazione alla promozione dei pubblici poteri nazionali nel settore dell'energia. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

Seguendo la suggestione di una metafora geometrica, potremmo descrivere l'evoluzione del modello di mercato europeo dell'energia come un triangolo scaleno, che nei decenni ha assunto forme diverse, sviluppando ora questo ora quello dei vari lati.

Negli anni '70 e '80 il triangolo si era allungato verso il vertice della sicurezza²⁸⁹, mentre negli anni '90 e nei primi anni 2000 si è accentuato il lato con

al vertice la competitività, attraverso una serie di strumenti, quali la liberalizzazione dei mercati²⁹⁰, l'eliminazione dei monopoli, il *third party access*²⁹¹, strumenti tutti volti a rendere più competitivo il mercato ed a ridurre il costo dell'energia.

Nell'ultimo decennio, il triangolo dell'energia ha cambiato nuovamente forma, allungandosi verso il vertice della sostenibilità ambientale. Lo sviluppo sostenibile²⁹² è, infatti, uno sviluppo che

²⁸⁹ Osserva V. TERMINI, *Il mondo rinnovabile: come l'energia pulita può cambiare l'economia, la politica e la società*, Luiss University press, Roma, 2018, p. 33: «Le crisi petrolifere negli anni Settanta riportarono l'attenzione sulla necessità di sicurezza energetica e sulla pericolosità della dipendenza dai combustibili fossili, per via della loro concentrazione e del potere dell'Opec nella gestione delle forniture e dei prezzi del petrolio, ma anche nel timore che queste risorse prima o poi finissero».

²⁹⁰ Che doveva affrancare il mercato europeo dalla forza e dal contrasto dei monopoli nazionali.

²⁹¹ Vale a dire «l'obbligo di permettere l'accesso al sistema a coloro che ne facciano richiesta», secondo quanto stabilito dal d.lgs. n. 164/2000 per le imprese del gas naturale, ma il principio è valido anche per le imprese elettriche titolari di infrastrutture. La regolazione dell'accesso alla rete si rende necessaria nei mercati liberalizzati al fine di garantire una concorrenza effettiva dal momento che l'unica rete esistente deve essere utilizzata da una molteplicità di operatori per l'erogazione del servizio. Sul punto, si veda A. CLÔ, S. CLÔ, F. BOFFA, *Le riforme elettriche tra efficienza ed equità*, Il Mulino, Bologna, 2014.

²⁹² Che trova la sua più celebre definizione nel Rapporto della Commissione mondiale su ambiente e sviluppo del 1987 (c.d. Rapporto Brundtland): sostenibile è lo sviluppo che «soddisfa i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri». La formula evoca un "processo circolare" che, nella sua indeterminatezza e genericità, rischia di restare sospeso nell'incertezza cognitiva. Osserva P. RANCI, *Economia dell'energia*, Il mulino, Bologna, 2011, p. 30, che «non esistono una definizione e un approccio univoci allo sviluppo sostenibile. Tuttavia, tutte le posizioni espresse sul tema riconoscono un problema di allocazione intertemporale delle risorse secondo criteri di equità ed efficienza. Ne deriva come una definizione condivisa, ancorché molto generica, di sviluppo sostenibile sia quella di sviluppo economico che perduri nel tempo». Tre sono, dunque, i formanti del concetto di sostenibilità: economia, ambiente, società. Si veda, altresì, R. BIFULCO-A. D'ALOIA, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008.

²⁸⁶ Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

²⁸⁷ Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale presso l'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

²⁸⁸ Il presente contributo è frutto di una ricerca comune, ma il paragrafo 1 e il paragrafo 4 sono scritti in comune dagli autori, mentre il paragrafo 2 e il paragrafo 3 sono ascrivibili, rispettivamente, al Professore Roberto Miccù e alla Dottoranda Michela Bernardi.

soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni e si pone rispetto all'ambiente in un rapporto di tutela, al fine di preservarne la sua essenza e di combattere il c.d. cambiamento climatico.

In questo contesto un ruolo strategico è svolto dalle energie rinnovabili, cioè tutte quelle forme di energia generate da fonti il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali o che per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono "esauribili" nella scala dei tempi umani.

La regolazione delle suddette energie rinnovabili è oggetto di diversi atti normativi, tra cui, da ultimo, la direttiva 2018/2001, contenuta nel *Winter Package*, che nel suo complesso persegue un ambizioso obiettivo: quello di rendere – proseguendo nella metafora – equilatero il triangolo dello sviluppo del mercato dell'energia, ponendo i vertici tutti esattamente equidistanti tra loro: la sostenibilità ambientale, la competitività e la sicurezza degli approvvigionamenti.

Lo spostamento verso un mix di fonti primarie di energia che vede come protagoniste le fonti rinnovabili, se ben guidato, potrebbe avere esiti che travalicano il settore energetico: da un lato, la riduzione delle emissioni di gas serra gioverebbe all'ambiente²⁹³; dall'altro, promuoverebbe l'avanzamento dei paesi in via di sviluppo, offrendo un'occasione delocalizzata per ottenere l'accesso all'energia elettrica che il

continente ancora non è riuscito a sviluppare; infine, avrebbe un evidente risvolto economico, poiché consentirebbe lo sviluppo di una industria verde, che ancora stenta a decollare²⁹⁴.

L'obiettivo è ambizioso perché al fine di garantire anche un equilibrio del sistema in senso socio-economico risulta difficile trovare soluzioni di integrazione delle energie rinnovabili all'interno di una logica di mercato. Da questo punto di vista è emblematico il c.d. "regime di sostegno"²⁹⁵, espressamente previsto dal diritto europeo, vale a dire lo strumento, regime o meccanismo, applicato da uno Stato membro o gruppo di Stati membri, inteso ad annullare il differenziale di costo tra fonti tradizionali e fonti rinnovabili, proprio in ragione dei benefici non monetizzabili che si ottengono dalle energie rinnovabili, ma rispetto ai quali il mercato fallisce quando si tratta di valorizzarli (esternalità negative)²⁹⁶. Le misure di sostegno pubblico hanno, quindi, due anime, ambientale ed economica, tra loro interconnesse e inscindibili.

²⁹³ Nella Direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, la Comunità europea riconosceva la necessità di promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili sì da garantire la protezione dell'ambiente e uno sviluppo sostenibile. Infatti, l'incentivazione delle fonti rinnovabili costituiva una delle misure necessarie per conformarsi al protocollo di Kyoto sui cambiamenti climatici. Si veda, in particolare, il considerando 3 della direttiva: «Il maggior uso di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è una parte importante del pacchetto di misure necessarie per conformarsi al protocollo di Kyoto della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e dei pacchetti di politiche intese ad onorare ulteriori impegni».

²⁹⁴ V. TERMINI, *Il mondo rinnovabile: come l'energia pulita può cambiare l'economia, la politica e la società*, Luiss University press, Roma, 2018, p. 25.

²⁹⁵ Un riferimento sia pure indiretto e generico all'attività pubblica di incentivazione dell'economia si può rinvenire in quel plesso di norme costituzionali che taluno definisce facendo ricorso all'espressione "costituzione economica", nozione teorizzata principalmente dalla dottrina tedesca, e successivamente ripresa dalla dottrina italiana.

²⁹⁶ P. RANCI, *Economia dell'energia*, Il mulino, Bologna, 2011, 187; A. CLÔ, *Transizione energetica tra stato e mercato*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI, *La transizione energetica e il winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati: atti del convegno AIDEN*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 100 osserva che «L'elevata intensità delle tecnologie energetiche a redditività differita nel tempo combinata al ristretto orizzonte temporale connaturato a scelte di mercato, ha sempre portato gli investitori a restringerne il campo a quelle che superavano il vaglio della convenienza di breve periodo. Una dissociazione tra costi/benefici *privati* e costi/benefici *sociali* che ha motivato l'intervento pubblico nel governo dell'energia negli Stati occidentali, specie ma non solo in quelli europei».

Il sostegno deve, tuttavia, avvenire nel rispetto della normativa comunitaria in materia di concorrenza e aiuti di stato. Si tratta, quindi, di comprendere l'*an* e il *quomodo* della compatibilità delle norme di incentivazione con il mercato interno²⁹⁷. La necessità di questi regimi, al fine di accrescere la produzione di fonti rinnovabili, trova ora il suo fondamento direttamente nel diritto primario dell'Unione europea che, all'art. 194, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) individua, tra gli obiettivi della politica energetica dell'Unione, proprio la promozione delle forme di energia da fonti rinnovabili²⁹⁸. I meccanismi di mercato non possono, infatti, garantire il raggiungimento di fondamentali interessi generali, quali la sostenibilità ambientale e la sicurezza dell'approvvigionamento

²⁹⁷ Sul punto, si veda N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, il quale - richiamando un noto scritto di G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 132- parla di «leggi-incentivo in presenza di tre caratteristiche: "a) che con esse lo Stato si propone di sollecitare i privati al compimento di specifiche attività; b) che, per ottenere l'attività desiderata, esse promettono un vantaggio a favore del privato; c) infine, che l'attività così stimolata, in assenza della legge "non sarebbe compiuta o sarebbe compiuta con forme o in quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse collettivo».

²⁹⁸ L'art. 194 TFUE afferma che «Nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia, b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l'interconnessione delle reti energetiche». Il comma 2 prevede, poi, che «Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al par. 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico, fatto salvo l'art. 192, par. 2, lett. c)».

(attraverso la riduzione della dipendenza degli Stati europei dall'importazione degli idrocarburi). Tali interessi generali diventano, quindi, "i fini ultimi dell'incentivazione ossia i fini a cui è diretta, a sua volta, l'attività economica (fine immediato), il cui svolgimento è promosso dall'erogazione di incentivi"²⁹⁹. Va tenuto presente che le politiche di incentivazione mirano anche a realizzare condizioni di eguaglianza sostanziale dei cittadini³⁰⁰, dovendo il mercato essere regolato per garantirne il carattere sociale. Si tratta, dunque, di mutare la prospettiva, assumendo come punto di riferimento non un concetto formale di uguaglianza, ma gli obiettivi della politica economica e sociale individuati dal legislatore, in funzione dei quali vengono predisposti gli strumenti promozionali.

In termini di teoria generale, queste problematiche rendono necessario tornare a riflettere sulla funzione promozionale dei poteri pubblici³⁰¹, da intendersi come stimolo a decodificare la realtà, e non

²⁹⁹ Così, M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Munus*, 2014, fasc. 1.

³⁰⁰ L'esigenza di impedire l'aggravarsi delle iniquità sociali causate dalle attuali politiche è sottolineata da A. CLÔ, *Transizione energetica tra stato e mercato*, in E. BRUTI LIBERATI, M. DE FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), *La transizione energetica e il winter package. Politiche pubbliche e regolazione dei mercati: atti del convegno AIDEN*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 107 ss. Più in generale, tra i principi fondamentali dell'intervento dello Stato nell'economia si rinviene l'affermazione secondo cui lo Stato, mediante la rimozione di ogni ostacolo economico e sociale che limiti di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, deve promuovere l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2, Cost.). In vista di tali obiettivi, quindi, lo Stato non può disinteressarsi delle vicende dell'economia. Si veda, in tal senso, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 42 ss. Il tema è strettamente legato alle esigenze del governo democratico dell'economia e, quindi, alla necessità di contrastare le disuguaglianze sociali e le disparità. Sulle disuguaglianze che connotano l'attuale fase storico-economica si veda F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Il Saggiatore, Milano, 2010 (trad. it.); J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Milano, 2013 (trad. it.); N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari-Roma, 1998.

come gabbia dogmatica. Si tratta di riportare le tecniche di incoraggiamento agli obiettivi e ai fini assunti dai pubblici poteri attraverso la costituzionalizzazione degli stessi. A tal proposito, osservava Bobbio che «la contrapposizione tra il vecchio e il nuovo modello costituzionale emerge dal raffronto tra l'art. 2, in cui si dice che "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", e l'art. 3 dove si dice che "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", cioè tra l'affermazione di un compito meramente protettivo che si attua mediante la tecnica delle misure negative e l'affermazione di un compito promozionale che si attua per lo più attraverso misure positive»³⁰².

2. Le dinamiche evolutive della disciplina europea per la promozione delle fonti rinnovabili.

La nuova direttiva del dicembre 2018 si inserisce nel filone della politica europea dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, che trova in ambito internazionale e comunitario la primaria fonte di

ispirazione³⁰³. All'indomani dell'adozione del Protocollo di Kyoto del 1997, l'attenzione delle istituzioni comunitarie si è tradotta in una pluralità di documenti programmatici che hanno individuato proprio in ambito energetico il settore di intervento legislativo prioritario per il contenimento delle emissioni nocive³⁰⁴. La produzione di energia rinnovabile costituisce, infatti, uno degli strumenti più efficaci per contrastare il *climate change*³⁰⁵, poiché concorre a ridurre le emissioni nocive nella prospettiva della tutela ambientale³⁰⁶. Oltre ai Libri verde (1996) e Bianco (1997) in cui si annunciano una strategia ed un piano di azione a favore delle energie rinnovabili, il

³⁰³ A.FODELLA e L. PINESCHI, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

³⁰⁴ Osserva V.M. SBRESCIA, *Politiche energetiche, sviluppo sostenibile e integrazione comunitaria: dall'Europa la spinta verso le rinnovabili*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, fasc. 1-2, p. 198, che «la spinta proveniente dall'Europa verso le energie rinnovabili veniva, anzitutto, da esigenze di natura socio-economica oltre che da motivazioni specificamente legate alla necessità di arginare i cambiamenti climatici, contrastando la diffusione di gas serra».

³⁰⁵ Sul tema si veda M. Montini, *La risposta istituzionale al problema dei cambiamenti climatici*, in M. MONTINI, *Il protocollo di Kyoto e il Clean development mechanism: aspetti giuridici ed istituzionali*, Giuffrè Milano, 2008.

³⁰⁶ Un nesso esplicito tra l'utilizzo delle fonti rinnovabili e la tutela ambientale è contenuto nel considerando n. 48 della direttiva 2009/28/CE, laddove si specifica che «Gli Stati membri, al fine di accelerare la fissazione di livelli minimi per l'uso di energia da fonti rinnovabili negli edifici, prevedano che tali livelli siano conseguiti con l'inserimento di un fattore di energia da fonti rinnovabili per il rispetto delle prescrizioni minime di rendimento energetico previste dalla direttiva 2002/91/CE, correlato a una riduzione ottimale in termini di costi delle emissioni di carbonio per edificio». E, oggi, nel considerando n. 45 della direttiva 2018/2001 che, così, espressamente prevede: «E' opportuno assicurare la coerenza tra gli obiettivi della presente direttiva e il diritto dell'ambiente dell'Unione. In particolare, durante le procedure di valutazione, pianificazione o concessione di licenze per gli impianti di energia rinnovabile, gli Stati membri dovrebbero tener conto di tutto il diritto dell'ambiente dell'Unione e del contributo dell'energia da fonti rinnovabili al conseguimento degli obiettivi in materia di ambiente e cambiamenti climatici, specialmente rispetto agli impianti di energia non rinnovabile».

³⁰¹ Indagini sistematiche sul tema dell'intervento pubblico nell'economia sono state svolte da V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1957; G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962.

³⁰² N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, 25, ove vengono richiamate le diverse norme costituzionali che declinano il modello promozionale. Si vedano gli articoli 4 (La Repubblica "promuove le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro"), 5 (promuove le autonomie locali), 9 ("promuove lo sviluppo della cultura"), 45 ("promuove e favorisce l'incremento" della cooperazione), 47, comma 2 (favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà).

forte impulso dato all'energia rinnovabile si ha attraverso due direttive: la direttiva 2001/77/CE e la direttiva 2009/28/CE. La prima ha posto come obiettivo desiderabile, ma non vincolante, il raddoppio delle fonti rinnovabili nel mercato elettrico europeo, lasciando gli stati membri liberi in ordine alla predisposizione di strumenti di promozione nazionale³⁰⁷; la seconda, invece, ha previsto target vincolanti per il 2020 in materia di politiche energetiche e cambiamenti climatici al fine di creare, per la prima volta, un quadro giuridico stabile: in particolare, l'Unione europea ha stabilito l'obiettivo di conseguire un aumento del 20 % dell'efficienza energetica, di garantire una riduzione del 20% delle emissioni di gas serra e di coprire il 20% della domanda di energia dell'Unione europea attraverso il ricorso a fonti rinnovabili³⁰⁸. Dalla politica energetica dell'Unione, e in particolare dalla sempre più penetrante integrazione delle fonti rinnovabili nel mix energetico, si evince la volontà di combattere contro il surriscaldamento globale promuovendo un'economia a bassi tassi di emissione. L'inasprimento connesso al passaggio da un obiettivo orientativo a uno vincolante ha una duplice scaturigine: *in primis*, il fallimento degli obiettivi meramente orientativi, stante il fatto che solo *target* vincolanti sono in grado di stimolare quei processi di modifica del mix energetico che, altrimenti, non sarebbero intrapresi³⁰⁹; *in secundis*, la stretto legame con le politiche sul clima, in particolare con il pacchetto 20-20-20.

³⁰⁷ Ciò anche in relazione alla circostanza che alcuni Stati avevano già introdotto misure di incentivazione.

³⁰⁸ L'obiettivo di consumo di energia rinnovabile è, poi, suddiviso tra gli Stati membri non in base a un criterio di efficienza, bensì di ricchezza pro capite: lo sforzo maggiore per il raggiungimento dell'obiettivo è sostenuto dagli stati più ricchi e non da quelli nei quali sarebbe meno costoso realizzare lo sviluppo dell'energia rinnovabile.

³⁰⁹ A. CLÔ, S. CLÔ, F. BOFFA, *Le riforme elettriche tra efficienza ed equità*, Il Mulino, Bologna, 2014.

Il percorso politico dell'Unione europea in materia di energia rinnovabile, oggi, è tracciato dalla direttiva 2009/28/CE, in combinato disposto con il "Terzo Pacchetto".

Il tema della transizione dell'energia verso un'economia basata sull'energia pulita e della riforma della progettazione e del funzionamento del mercato dell'elettricità dell'Unione europea è stato di recente, oggetto di ben otto proposte, presentate il 30 novembre del 2016, dalla Commissione europea all'interno un pacchetto di proposte, conosciuto con il nome di "Winter Package".

Ad oggi, il "Clean Energy for all Europeans" o "Winter package" comprende otto diversi atti legislativi: la Direttiva sul rendimento energetico nell'edilizia (Dir. 2018/844), la Direttiva sulle energie rinnovabili (Dir. 2018/2001), la Direttiva sull'efficienza energetica (Dir. 2018/2002), il Regolamento sulla governance (Reg. 1999/2018), la Direttiva sull'energia elettrica, il Regolamento sull'energia elettrica, il Regolamento sulla preparazione del rischio ed il Regolamento per l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER)³¹⁰. Gli ultimi quattro atti normativi sono in attesa di adozione da parte del Parlamento e del Consiglio.

La nuova direttiva dell' 11 dicembre del 2018 n. 2001, sulla "Promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili", in attuazione all'articolo 194, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che, come è noto, individua tra gli obiettivi della politica energetica dell'Unione proprio la promozione delle *forme di energia da fonti rinnovabili*, stabilisce una serie di interventi volti a realizzare tale obiettivo. Il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili o all'energia rinnovabile costituisce una parte importante del

³¹⁰ Regolamento 713/2009 ha istituito l'ACER con il compito di favorire l'integrazione del mercato e l'armonizzazione delle norme in materia.

pacchetto di misure necessarie per ridurre le emissioni di gas a effetto serra e per rispettare gli impegni dell'Unione nel quadro dell'accordo di Parigi del 2015 sui cambiamenti climatici, a seguito della 21a Conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici («accordo di Parigi»), e il quadro per le politiche dell'energia e del clima all'orizzonte 2030, compreso l'obiettivo vincolante dell'Unione di ridurre le emissioni di almeno il 40 % rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030.

La presente direttiva si occupa altresì dei temi connessi allo sviluppo di sistemi di riscaldamento e di rinfrescamento da energie rinnovabili e per lo sviluppo di carburanti per il trasporto da fonti energetiche rinnovabili.

Essa contribuisce, altresì, al potenziale impatto positivo che l'Unione e gli Stati membri possono avere nel promuovere lo sviluppo del settore delle energie rinnovabili nei paesi terzi.

L'Unione e gli Stati membri dovrebbero promuovere la ricerca, lo sviluppo e gli investimenti nella produzione di energie rinnovabili nei paesi in via di sviluppo e in altri paesi partner nel pieno rispetto del diritto internazionale, rafforzando così la loro sostenibilità ambientale ed economica e la loro capacità di esportazione di energie rinnovabili.

L'Unione europea dispone di una strategia, l'Agenda 2030 per uno sviluppo sostenibile, che, se accolta con consapevolezza e in modo risoluto dai suoi Stati membri e dalla società civile europea, le consentirebbe di delineare un quadro economico, sociale, ambientale e istituzionale virtuoso. Tra le linee da percorrere per la piena attuazione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile sanciti da Agenda 2030 rientra il miglioramento dell'efficienza energetica, che si pone al centro delle priorità dell'Unione europea.

3. Dalla programmazione alla promozione dei pubblici poteri nel settore dell'energia.

Una volta ripercorse le linee di sviluppo dell'azione posta in essere dall'Unione europea al fine di promuovere lo sviluppo delle energie rinnovabili, è necessario dedicare una specifica attenzione al contesto nazionale. Va rilevato che la rilevanza stringente degli obiettivi internazionali del Protocollo di Kyoto, affidata, principalmente, alla promozione delle fonti alternative di energia e a misure di efficienza energetica, unitamente alla forte spinta da parte dell'Europa verso le rinnovabili suggerisce l'intervento dei pubblici poteri nazionali nel processo di produzione e distribuzione dell'energia rinnovabile.

Il tema si colloca nella più ampia dialettica tra Stato e mercato³¹¹, tra pubblici poteri e dinamiche economiche³¹². Si tratta di un settore in cui si intrecciano profili tecnici, economici e regolatori, oltre che, più in generale, questioni riguardanti le scelte di politica industriale. La crisi finanziaria ed economica globale³¹³ ha rappresentato un fatto ostativo alla capacità del mercato di garantire in sé la riduzione delle emissioni nocive e la sicurezza della fornitura energetica attraverso l'incremento della generazione elettrica da fonti rinnovabili. Di qui la necessità di un regime nazionale

³¹¹ Con riguardo alla dialettica tra istituzioni ed economia, si veda F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalista: società per azioni, Stato e classi sociali*, Zanichelli, Bologna, 1980; G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano, 2006; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008.

³¹² Il rapporto tra pubblici poteri e principio di concorrenza è un tema largamente dibattuto in dottrina. Si veda, tra gli altri, S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000.

³¹³ Sugli scenari concernenti la crisi economica e sulle azioni poste in essere dai Governi al fine di contenerne gli effetti si veda G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

di incentivazione, ma, ancor prima, di una programmazione pubblica.

A ben vedere, la linea lungo la quale procede l'Unione europea, considerate le finalità che persegue (e, quindi, gli obiettivi che impone) nel comparto delle fonti rinnovabili, contribuisce, forse suo malgrado, a rafforzare la compenetrazione sempre più evidente tra Stato e mercato, imponendo un intervento pubblico al precipuo fine di garantire il raggiungimento degli standard quantitativi stabiliti a livello europeo. L'apposizione di indirizzi, vincoli e controlli all'esercizio della libera iniziativa economica costituiscono le connotazioni strutturali di tale intervento, che vede nell'interesse generale (affidato ai pubblici poteri, nazionale ed europei, in tale settore³¹⁴) non assicurato dal mercato la sua giustificazione e, al contempo, il suo limite. Limite rappresentato dall'*acquis communautaire* - consistente nel principio della tutela del mercato aperto e concorrenziale - nonché del più complesso processo di globalizzazione economica- e dal processo di liberalizzazione del mercato elettrico³¹⁵.

³¹⁴ L'attività di incentivazione è volta a far sì che gli operatori economici indirizzino le loro decisioni verso obiettivi di utilità generale, assumendosi cioè determinati obblighi in cambio di dati benefici che lo Stato può accordare loro prima, durante o dopo il compimento dell'attività prestabilita. Così, G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962.

³¹⁵ Per un quadro dei processi di liberalizzazione del settore si veda F. RANALLI-S. TESTARMATA, *Il settore elettrico italiano: processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese*, in R. MELE-R. MUSSARI (a cura di), *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 101 ss.; F. VETRO', *Il servizio pubblico a rete: l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 213 ss.; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 2190 ss.; A. COLAVECCHIO, voce *Energia elettrica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Utet, Torino, 2005, 233 ss.; G. BELLANTUONO, *Liberalizzazioni e regolazione: appunti per un approccio interdisciplinare*, in *Po. Dir.*, 2007.

Ça va sans dire, la palmare discrasia tra attività economica liberalizzata e suo opportuno assoggettamento a una forma di programmazione pubblica³¹⁶ rende piuttosto difficile l'azione di adeguamento o, almeno, di coordinamento dei pubblici poteri (statali) nella gestione del comparto energetico tanto che è stato argutamente osservato³¹⁷ che lo scivolamento semantico dal sostantivo «programmazione» a quello di «strategia energetica» è un chiaro segnale della difficile convergenza di questi due sfere. L'analisi diacronica consente di affermare che, allo stato, la programmazione odierna si colma di un significato cangiante, rispetto alla programmazione energetica degli anni Settanta/Ottanta³¹⁸

³¹⁶ G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962; G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1/1992; V. BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1957; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1985; P. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, si spinge fino a enucleare un "principio di programmazione", da intendersi anche come metodo democratico di svolgimento delle attività dei pubblici poteri. Per tale ultima accezione si veda I.M. MARINO, *La programmazione come "sistema giuridico"*, in *Dir. Soc.*, 1990, p. 427 ss. Il tema è posto in Italia da Norberto Bobbio, parlando della dicotomia fondamentale, la "grande dicotomia" per usare il suo linguaggio, fra "norme di condotta" e "norme di organizzazione" o, con una semplificazione, tra "regole" e "programmi". Sebbene l'accento della dottrina si è posto, dagli anni '80 al 2000, sul maggior rilievo delle "regole", rispetto ai "programmi", i due termini della "grande dicotomia" restano gli elementi base della struttura istituzionale del governo dell'economia.

³¹⁷ F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili nella programmazione energetica nazionale*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Annuario di diritto dell'economia: regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013.

³¹⁸ Così, M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia: fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Angeli, Milano, 2014, la quale sottolinea la differenza rispetto alla programmazione intrapresa dall'Italia a partire dalla metà degli anni '70 «che ebbe, inizialmente, l'essenziale finalità di legittimare il ricorso alla fonte nucleare (e poi di puntare sul carbone e sulle fonti rinnovabili, a seguito del referendum del 1987 che decretò

(direttamente connessa con l'energia nucleare), assumendo un (inaspettato) valore euristico. Gli interessi pubblici da tutela sono diversi e presentano una dimensione essenzialmente transnazionale³¹⁹: se da un lato si parla di *environmental sustainability*, vale a dire la necessità di minimizzare gli impatti ambientali dei sistemi energetici, dall'altro si pone il tema della dipendenza geopolitica degli Stati europei dalla sicurezza degli approvvigionamenti. Dunque, sostenibilità ambientale e autosufficienza dell'approvvigionamento. E' ciò che emerge dal d.l. n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008, sotto la denominazione di Strategia economica nazionale³²⁰, consistente in un piano decennale del nostro Governo volto ad anticipare e gestire il cambiamento del sistema energetico, accompagnando il processo di transizione energetica.

La programmazione, quindi, deve essere teleologicamente adattata. Si tratta di verificare se l'attività programmatica possa comunque riuscire ad affermare la sua "presenza" a fronte del mutamento di paradigma.

Un arresto della programmazione energetica nazionale si è avuto in seguito all'incidente giapponese di Fukushima dell'11 marzo 2011 al referendum

l'uscita dal nucleare) dinanzi al drammatico manifestarsi della crisi energetica, senza alcuna ambizione di soddisfare interessi pubblici ulteriori».

³¹⁹ M. COCCONI, *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, in *Amministrazione in cammino*, 2017, p. 5.

³²⁰ L'art. 7, in particolare, è la norma che attribuiva al governo il potere di procedere a una programmazione energetica nazionale. Erano ivi indicate le seguenti priorità: il miglioramento della competitività del sistema energetico nazionale e lo sviluppo delle infrastrutture; la diversificazione delle fonti di energia e delle aree geografiche di approvvigionamento; la promozione delle fonti rinnovabili di energia e dell'efficienza energetica e la sostenibilità ambientale nella produzione e negli usi dell'energia, anche ai fini della riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra. Sulla Strategia Energetica Nazionale, si veda E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014, p. 4 ss.

abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. Tuttavia, un fondamento normativo poteva essere rinvenibile nel d.lgs. n. 93/2011³²¹, che, all'art. 1, comma 2, contiene un riferimento alla «Strategia energetica nazionale».

Ad oggi, la Strategia energetica nazionale 2017 si pone come priorità politiche e sociali la competitività, la sostenibilità ambientale e la sicurezza energetica, dettando le linee strategiche per favorire il raggiungimento degli obiettivi europei del *Clean Energy Package* fissati in vista del 2030, e dando impulso alle filiere italiane che operano nel contesto dell'efficienza energetica. In particolare, si prevede un'accelerazione nella decarbonizzazione in linea con gli obiettivi di lungo termine dell'Accordo di Parigi. Rinnovabili ed efficienza contribuiscono non solo alla tutela dell'ambiente, ma anche alla sicurezza, riducendo la dipendenza del sistema energetico, e all'economicità, favorendo la riduzione dei costi. Ciò è di fondamentale importanza specie nell'attuale fase congiunturale di crisi economica, che stimola interrogativi riguardanti la produzione energetica, le regole che disciplinano il relativo mercato e i regolatori³²² chiamati a promuovere lo sviluppo concorrenziale del mercato stesso.

La "politica programmatica" del legislatore nazionale dovrebbe, quindi, favorire il raggiungimento degli obiettivi delineati dalla disciplina europea, non tanto attraverso una programmazione *stricto sensu* intesa, bensì mediante una attività diretta a indirizzare e coordinare l'attività economica privata, proprio nel senso inteso dall'art. 41, comma 3. Stante

³²¹ Di attuazione delle direttive 2009/72/CE, 2009/73/CE e 2008/92/CE relative a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale)

³²² Con particolare riferimento al ruolo dell'Agenzia europea per la cooperazione tra i regolatori dell'energia, si veda L. AMMANNATI, *Il ruolo dell'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia nella governance e nella regolazione del settore energetico*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, p. 11.

la natura trasversale della materia dell'energia, va evidenziato che, accanto all'attività di indirizzo del Governo, occorre una decisa azione di coordinamento tra i vari soggetti istituzionali. A tal fine, la SEN 2017 ha previsto l'istituzione di una cabina di regia, coordinata dai Ministeri dello Sviluppo Economico e dell'Ambiente, con la partecipazione dei Ministeri dell'Economia, dei Trasporti e dei Beni Culturali, con una rappresentanza delle Regioni e con periodico aggiornamento anche degli enti locali.

Storicamente, il legislatore ha inteso promuovere l'uso di energia da fonti rinnovabili riducendone i costi, aumentando i prezzi a cui può essere venduta o aumentando, per mezzo di obblighi in materia di energie rinnovabili o altri mezzi, il volume acquistato di tale energia; includendo, a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, gli aiuti agli investimenti, le esenzioni o gli sgravi fiscali, le restituzioni d'imposta, i regimi di sostegno nella forma di obblighi in materia di energie rinnovabili, inclusi quelli che usano certificati verdi, e i regimi di sostegno diretto sui prezzi, ivi comprese le tariffe onnicomprensive e le tariffe premio fisse o variabili³²³.

Accanto alle misure di cui sopra viene in rilievo, quale forma di incentivazione diretta, il fondo nazionale per l'efficienza energetica, istituito presso il Ministero dello Sviluppo economico³²⁴. Esso costituisce uno strumento di incentivazione a carattere trasversale per

³²³ Sono queste le forme più classiche di finanziamento pubblico all'impresa privata. Per una ricostruzione sistematica delle diverse categorie di ausili finanziari, si veda M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1993, 225 ss. e, successivamente, nel solco tracciato da Giannini, G.P. MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, La disciplina dell'economia*, IV, Milano, 2000, 3741 ss.

³²⁴ Art. 15 del d.lgs. 102/2014. Esso sostituisce il fondo di garanzia a sostegno delle reti di teleriscaldamento di cui all'art. 22 d.lgs. 28/11. L'obiettivo del fondo è quello di facilitare l'accesso alle risorse per le imprese.

gli interventi di efficienza energetica³²⁵. In ordine alle tipologie di incentivo si prevedono: a) la concessione di garanzie su singole operazioni o su portafogli di operazioni finanziarie; b) l'erogazione di finanziamenti.

Il comma 4 dell'art. 15 del D. Lgs. n. 102/2014 ha rimesso a un decreto del Ministero dello Sviluppo Economico e del Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze l'individuazione delle priorità, dei criteri, delle condizioni e delle modalità di funzionamento, di gestione e di intervento del Fondo, nonché delle modalità di articolazione per sezioni (decreto interministeriale 22 dicembre 2017).

Se questo è il quadro degli strumenti, l'assetto istituzionale che sul piano effettivo dovrebbe garantire la *governance* degli incentivi inseriti nel piano, agevolando la *mise en oeuvre* delle varie misure di sostegno alle imprese è piuttosto deficitario. A riguardo, è stata creata una "cabina di regia" governativa³²⁶, composta da rappresentanti del Ministero dello sviluppo economico e del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, con il supporto di ENEA e del GSE, che dovrebbe garantire un coordinamento degli *stakeholders*, senza però esercitare poteri direttivi.

L'importanza strategica dell'efficienza energetica impone, poi, di individuare la giusta sinergia tra pubblica amministrazione e privato. Esempi eloquenti sono rintracciabili nell'adozione di un approccio di *Project financing*, così come nell'esperienza del partenariato pubblico-privato, designante forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il

³²⁵ Le finalità del fondo sono dettagliate nel comma 3.

³²⁶ Istituita dall'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 102/2014 per il coordinamento ottimale degli interventi e delle misure per l'efficienza energetica. Il decreto interministeriale 9 gennaio 2015 ne individua le modalità di funzionamento.

mondo delle imprese per la realizzazione di opere o servizi di utilità sociale e ambientale (art. 180 d.lgs. 50/2016), e nell'esperienza del c.dd. "appalti pubblici verdi", ove il soggetto pubblico inserisce tra i criteri di aggiudicazione le "clausole verdi" al fine di selezionare concorrenti in grado di offrire prodotti e servizi eco-efficienti. Un passo decisivo verso l'integrazione degli interessi ambientali nella contrattazione pubblica è rappresentato dalle c.dd. clausole ambientali obbligatorie (art. 6, d.lgs. 102/2014, in tema di efficienza energetica; artt. 34 e 71 d.lgs. 50/2016, in ordine all'applicazione obbligatoria dei "criteri di sostenibilità energetica e ambientale"). Di particolare rilievo è, altresì, l'art. 30, comma 1, d.lgs. 50/2016, a norma del quale il principio di economicità, alla base dell'azione della p.a., può essere subordinato a criteri "ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico". Da ultimo, un importante aspetto concerne la cumulabilità degli incentivi³²⁷, tra i quali si fa espresso riferimento ai certificati bianchi, quale sostegno economico per la produzione combinata di energia elettrica e calore³²⁸. Tuttavia,

³²⁷ Ai sensi dell'art. 10, DM 22 dicembre 2017 «le agevolazioni di cui al presente Capo sono cumulabili con agevolazioni contributive o finanziarie previste da altre normative comunitarie, nazionali e regionali nel limite del regolamento *de minimis* laddove applicabile, o entro le intensità di aiuto massime consentite dalla vigente normativa dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato. Fermo restando quanto stabilito al comma 1, le agevolazioni di cui al presente Capo sono cumulabili con gli incentivi di cui al decreto del Ministero dello sviluppo economico 11 gennaio 2017 concernente l'aggiornamento delle linee guida per il meccanismo dei certificati bianchi».

³²⁸ Il d.lgs. n. 102/2014 ha confermato il ruolo fondamentale dei certificati bianchi che «dovrà(nno) garantire il conseguimento di un risparmio energetico al 31 dicembre 2020 non inferiore al 60 % dell'obiettivo di risparmio energetico nazionale cumulato di cui al comma 1. Il restante volume di risparmi di energia è ottenuto attraverso le misure di incentivazione degli interventi di incremento dell'efficienza energetica vigenti».

ricorrere al meccanismo dei TEE è disagevole, in considerazione della complessità tecnica della materia, che si riflette sulla regolazione, registrandosi un affollamento di decreti ministeriali, delibere dell'ARERA, nonché schede tecniche del GSE³²⁹.

4. Conclusioni.

Si è visto come la progressiva attenzione verso un'economia ad alta efficienza energetica e a basse emissioni di anidride carbonica si ponga al centro della politica energetica dell'Europa e dell'Italia, con l'obiettivo di rendere l'energia più competitiva per i clienti finali, più sicura negli approvvigionamenti e più sostenibile sotto il profilo ambientale.

A ben vedere, il mercato elettrico non può essere demandato alle sole logiche concorrenziali: l'obiettivo di favorire il processo di apertura dei mercati si pone in sinergia con quello di preservare una fornitura di energia elettrica efficiente, sicura e sostenibile. Per questa ragione la progettazione di piani e strategie energetiche occorre anche in sistemi orientati al mercato concorrenziale, non potendo lo Stato essere ridotto al ruolo di mero regolatore (ruolo che, peraltro, le istituzioni statali condividono ormai con le Autorità indipendenti).

Se si prende in seria considerazione l'attuale fase di evoluzione del sistema elettrico, ove energie rinnovabili ed efficientamento assumono una rilevanza sempre crescente, occorre riportare l'attenzione sui meccanismi e sulle modalità di coordinamento e pianificazione attraverso cui far convergere le scelte degli operatori sia dal

³²⁹ L. AMMANNATI, *La disciplina europea sull'efficienza energetica e il modello italiano: discrezionalità e vincoli per gli Stati membri*, in P. BIANDRINO, M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?* Atti del convegno, Milano, 13 dicembre 2016.

lato dell'offerta che della domanda. La gestione della transizione energetica e delle complessità che ne conseguono impone, infatti, un indirizzo strategico chiaro, senza il quale gli incentivi non possono assurgere a effettivo strumento di promozione degli investimenti, poiché, collocandosi inevitabilmente a valle, avrebbero sì un'utilità nell'immediato, ma non sarebbero in grado di attivare una virtuosa dinamica di investimenti nel medio e lungo termine. A tal fine, occorre sollecitare una transizione anche a livello delle istituzioni dato l'affollamento di competenze tra i diversi livelli di governo, il tutto in un ambito quasi esclusivo di legislazione concorrente³³⁰, che crea spesso una sovrapposizione o una vacanza decisionale.

Come è stato opportunamente osservato, "più le rinnovabili sono integrate nei piani energetici nazionali, e usufruiscono di un supporto istituzionale e finanziario, minore è il costo del capitale. Il problema colpisce particolarmente i paesi in via di sviluppo, che sono affetti da una cronica mancanza di capitale e che l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico potrebbe aiutare ad affrontare". Ne deriva che il ruolo della finanza pubblica è importantissimo, non tanto per gli investimenti diretti nelle rinnovabili, quanto per il supporto agli investimenti privati per i nuovi progetti rinnovabili.

³³⁰ Si veda A. COLAVECCHIO, *Il riparto delle attribuzioni in materia di energia tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Il diritto dell'energia*, Cedam, Milano, 2015, p. 67 ss. Osserva L. AMMANNATI, *La transizione energetica*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 33 che "i principali punti di debolezza della normativa nazionale attengono, in primo luogo, ad una scarsa chiarezza nella ripartizione delle competenze e nell'attribuzione delle responsabilità a livello istituzionale, che si riflette fondamentalmente nell'assenza di un'autorità di coordinamento e di supervisione; in secondo luogo, a gravi carenze di tecnica legislativa, che si traducono soprattutto in una scarsa organicità delle disposizioni, sparse in una normativa di rango differente e adottata in tempi diversi e da varie istituzioni. Nei diversi ambiti le suddette criticità si sovrappongono, dando luogo ad una disciplina frammentaria e non omogenea, nonché alla contemporanea presenza di soggetti diversi aventi competenze sconcordate".

EMERGENZA E TUTELA AMBIENTALE NEL SISTEMA DELLE FONTI TRA PROBLEMI DEFINITORI E RAPPORTO TRA ORDINAMENTI*

Dario Elia Tosi

SOMMARIO: **1.** Il problema della definizione del concetto di emergenza ambientale: il quadro costituzionale. - **2.** Emergenza e poteri extra ordinem nell'intervento del legislatore. - **3.** *Segue:* emergenza e poteri straordinari nella disciplina del sistema di protezione civile. - **4.** I vincoli derivanti dalla normativa europea. - **5.** Il difficile rapporto tra sistema italiano e vincoli europei: il caso della regolamentazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. - **6.** *Segue:* il caso degli aiuti di Stato. - **7.** Emergenza e ambiente in un ordinamento multilivello: possono i poteri 'straordinari' essere strutturati in modo 'ordinario'?

* Il presente lavoro costituisce una rielaborazione dell'intervento al convegno "Emergenze e tutela ambientale" tenutosi a Roma il 18 marzo 2019, presso la Sala del refettorio della Camera di deputati.

1. Il problema della definizione del concetto di emergenza ambientale: il quadro costituzionale.

La frequenza sempre maggiore con cui catastrofi naturali ed eventi calamitosi investono la vita delle comunità sociali ha, nel corso degli ultimi anni, posto il tema dell'emergenza e della tutela ambientale al centro del dibattito scientifico e politico. Sebbene l'argomento sia generalmente associato a questioni di

natura tecnica, l'esperienza ha messo in evidenza come gli aspetti giuridici legati alla disciplina dell'azione amministrativa incidano in modo non secondario sulla gestione di simili fenomeni e sulle risposte concrete ai bisogni della collettività.

In questo ambito, un problema di ordine generale investe la definizione stessa del concetto di emergenza e, più in particolare, di emergenza ambientale³³¹. Secondo la definizione del vocabolario Treccani, l'emergenza rappresenta una "particolare condizione di cose, momento critico, che richiede un intervento immediato" con l'assunzione di provvedimenti "eccezionali, ma resi necessari dalla particolare situazione". Si tratta, quindi, di circostanze non previste, né prevedibili, che, potendo generare danni ingenti per la popolazione, richiedono l'adozione di misure eccezionali ed indifferibili. L'urgenza e la peculiarità della situazione determinano l'immediatezza e straordinarietà della risposta da parte delle istituzioni. Da qui, l'inevitabile deroga ai tempi ed alla tipicità dell'intervento amministrativo³³².

La lacerazione che l'emergenza produce nell'ordinato svolgimento della vita, non solo delle collettività, ma anche dell'apparato istituzionale, rende inderogabile il tentativo da parte

³³¹ Per un'analisi filosofica sui problemi di identificazione del significato di emergenza, in rapporto al concetto di disastro naturale, v. M. Parmigiani, *What does it mean to be objective? Outlining an objective approach to public emergencies and natural disasters*, in *Diritto & questioni pubbliche*, vol. XVII, 2017, n. 2, pp. 79 ss.

³³² Secondo la definizione di F. Tedeschini, voce *Emergenza (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, http://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza-diramm_%28Diritto-on-line%29/2017, l'emergenza rappresenta proprio "l'insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa". Accanto alla urgenza, l'eccezionalità della situazione comporta una inevitabile deroga al principio di legalità laddove la tutela dell'interesse collettivo richieda l'assunzione di misure straordinarie, il cui contenuto e natura non sono preventivamente determinabili.

dell'ordinamento di tipizzare il fenomeno e gli strumenti di intervento da mettere a disposizione dell'amministrazione, cercando così di rendere 'ordinario' lo straordinario.

In questo contesto, imprescindibili appaiono l'inquadramento del concetto di emergenza, e più specificamente quella ambientale, all'interno del sistema delle fonti e, in un quadro irreversibilmente caratterizzato dall'azione di sistemi multilivello, l'individuazione dei vincoli derivanti soprattutto dall'interazione tra ordinamento nazionale ed europeo.

Relativamente al primo aspetto, si deve osservare come il dettato della Carta costituzionale sia a dir poco lacunoso: non solo all'interno del testo non vi è alcun riferimento espresso al termine di emergenza ambientale, ma anche il tentativo di desumere principi o regole generali da una lettura sistemica dello stesso non appare privo di difficoltà. Invero, nel silenzio della Carta, la dottrina ha generalmente rivolto l'attenzione al generale concetto di emergenza, prendendo a riferimento la regolamentazione delle ipotesi in cui l'intervento del Costituente sia animato dall'esigenza di governare eventi straordinari ovvero connotati, *latu sensu*, da uno stato di necessità³³³.

In tale quadro, il primo riferimento testuale si ha nell'art. 13, laddove si afferma che l'autorità di pubblica sicurezza può, entro determinati limiti procedurali, derogare alle garanzie

previste in via ordinaria a tutela della libertà personale nei "casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge". Analoga formulazione si ritrova nella disciplina contenuta nell'art. 77 sul potere di decretazione d'urgenza, in forza del quale il Governo può adottare, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge solo "in casi straordinari di necessità e di urgenza". Alla stessa categoria, da ultimo, deve ascriversi la disciplina contenuta nel seguente art. 78, che prevede l'attribuzione al Governo di "poteri necessari" in caso di deliberazione dello stato di guerra.

In nessuno dei casi menzionati, tuttavia, è possibile trarre dal dettato normativo una definizione sostanziale del concetto di emergenza. L'attenzione del Costituente, invero, sembra piuttosto orientata alla definizione degli strumenti che possano concretamente porsi come argine alla deroga al funzionamento ordinato del sistema. Così, il potere dell'autorità di pubblica sicurezza trova un limite nella riserva assoluta di legge, mentre l'intervento normativo del Governo trova una delimitazione nel necessario intervento, a seconda dei casi successivo o preventivo, del legislatore.

2. Emergenza e poteri *extra ordinem* nell'intervento del legislatore.

La lacunosità del quadro normativo costituzionale trova fedele riscontro nella frammentarietà delle fonti primarie. Diversamente da quanto osservato a livello costituzionale, il legislatore ha più volte affrontato il problema delle calamità ambientali. In termini generali, tuttavia, l'intervento è stato tradizionalmente alluvionale, mirato a dare risposte concrete a singole manifestazioni di fenomeni emergenziali, più che una definizione concreta del concetto. Così,

³³³ In merito, si rinvia al contributo di M. Carrer, *Come attendere gli imprevisti. Note sulle fonti del diritto e l'emergenza ambientale tra necessità e ribilanciamento*, *supra et in AmbienteDiritto.it*, 2019, f. 3, pp. 4 s.; G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere d'ordinanza*, in *RivistaAIC*, 2010, f. 4, pp. 6 ss.; E. Albanesi – R. Zaccaria, *Le «fonti» dell'emergenza: dal decreto-legge alle ordinanze di protezione civile*, in *Amministrare*, 2010, f. 2, pp. 185 ss.; F. politi, *Ripartizione delle competenze ed emergenza fra Costituzione repubblicana e Trattati europei*, in M. Basilavecchia – L. del Federico – A. Pace – C. Verrigni (cur.), *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità tra norme interne e principi europei*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 73 ss. e dottrina ivi citata.

più che alle misure legislative adottate *ad hoc* per affrontare i singoli eventi calamitosi, un ruolo importante è stato storicamente svolto dalle disposizioni che prevedono il ricorso a poteri e strumenti straordinari che si rendano necessari per la gestione di eventi eccezionali³³⁴.

Sul punto, il riferimento principale è storicamente rappresentato dalla disciplina del potere di ordinanza *extra ordinem* attribuito agli amministratori locali. Già l'art. 153 R.D. 4 febbraio 1915 n. 148, contenente la legge comunale e provinciale, conferiva al Sindaco il potere di adottare "provvedimenti contingibili e urgenti" in materia di sicurezza ed igiene pubblica³³⁵. Tali poteri sono stati confermati e ulteriormente specificati negli artt. 50, comma 5, e 54, commi 4 e 6 del D. Lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (TUEL)³³⁶. In particolare, la prima disposizione attribuisce al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti "in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica". Parallelamente, con modifica introdotta con la conversione del D.L. 20 febbraio 2017 n. 14, il primo

³³⁴ Per un inquadramento generale del tema, tra i moltissimi, oltre ai contributi già citati sia consentito sinteticamente rinviare a R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 5 ss.; G.U. Rescigno, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1965, pp. 89 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 2007, f. 2, pp. 345 ss.; G. Manfredi, *Poteri di ordinanza, legalità, 'stato governativo'*, in *Amministrare*, 2013, f. 3, pp. 407 ss.; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. Amm.*, 2016, fasc. 1-2, pp. 33 ss.; A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza: contributo allo studio del potere extra ordinem del governo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 25 ss..

³³⁵ La norma riprendeva, invero, quanto già previsto dall'allegato A della legge 20 marzo 1865 n. 2248. Per una ricostruzione storica, tra gli altri, v. M. Ricci, *Il potere di ordinanza nella gestione delle emergenze ambientali*, in *AmbienteDiritto.it*, 2019, f. 2, p. 13.

³³⁶ Sul punto, oltre ai contributi già menzionati, v. G. Marazzita, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, f. 2, pp. 6 ss.; S. Pedrabissi, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell'urgenza*, in *Amministrare*, 2014, f. 3, pp. 409 ss..

cittadino può agire anche in casi di "urgente necessità" legata a situazioni di grave "degrado ... dell'ambiente e del patrimonio culturale". In qualità di ufficiale del Governo, poi, ex art. 54 TUEL il Sindaco può, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, adottare ordinanze *extra ordinem* "al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana". Da ultimo, è in facoltà del Sindaco intervenire, tra le altre ipotesi in caso di inquinamento atmosferico o acustico, sugli orari di pubblici esercizi ed uffici.

Prescindendo in questa sede dai diversi problemi di compatibilità di tali poteri 'straordinari' con il dettato costituzionale³³⁷, bisogna rilevare come la definizione dei criteri di legittimazione e dei margini di manovra di simili poteri straordinari sia minimale. Solo in un caso, infatti, si parla espressamente di emergenze sanitarie o di igiene pubblica. Analogamente, solo in una ipotesi si afferma, peraltro implicitamente, la capacità di simili provvedimenti di derogare a disposizioni normative vigenti con il limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Ancorché in campo ambientale si sia tradizionalmente preferito ricorrere ad altri strumenti normativi, una simile genericità della formulazione letterale ha così favorito il consolidarsi di una prassi estensiva da parte degli amministratori locali.

Considerazioni simili devono essere svolte per l'altra disposizione che storicamente ha rappresentato il modello di riferimento in tema di provvedimenti

³³⁷ Negli anni, la Corte costituzionale si è pronunciata più volte sulla legittimità costituzionale delle norme che autorizzano provvedimenti *extra ordinem*, enucleando nel tempo criteri, quali il principio di proporzionalità ed adeguatezza, l'obbligo di motivazione e la durata inderogabilmente provvisoria, per assicurare la loro coerenza con il quadro normativo ed istituzionale posto dal Costituente. Tra le decisioni più importanti si possono ricordare le sent. nn. 8/1956, 26/1961, 4/1977, 100/1987; 201/1987 e 127/1995.

extra ordinem. Secondo quanto prevede l'art. 2 R.D. 18 giugno 1931 n. 773 (TULPS), infatti, "il Prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica". Anche in questo caso, la scelta del legislatore di non definire i concetti di urgenza e necessità, così come di non definire la natura e i margini di azione del potere demandato al Prefetto, ha lasciato a dottrina e giurisprudenza, costituzionale ed amministrativa, il compito di inquadrare l'istituto in modo coerente con il sistema vigente. Per quanto rileva in questa sede, tuttavia, le decisioni giudiziarie intervenute negli anni non hanno ancora individuato in modo chiaro le ipotesi in cui la situazione di urgenza o lo stato di necessità possano legittimamente essere poste alla base di un provvedimento *extra ordinem*³³⁸.

Maggiore dettaglio si può ritrovare nelle previsioni normative sui poteri di intervento in campo ambientale. Al riguardo, una prima disposizione generale riguarda il potere sostitutivo del Ministro dell'ambiente. Secondo quanto prevede la legge istitutiva del Ministero, infatti, "in caso di mancata attuazione o di inosservanza da parte delle regioni, delle province o dei comuni, delle disposizioni di legge relative alla tutela dell'ambiente, e qualora possa derivarne un grave danno ecologico, il Ministro dell'ambiente, previa diffida ad adempiere entro congruo termine da indicarsi nella diffida medesima, adotta con ordinanza cautelare le necessarie misure provvisorie di salvaguardia" (art. 8, comma 3, L. 8 luglio 1986 n. 349)³³⁹. Il ricorso al concetto di

grave danno si ritrova altresì nella successiva L. 3 marzo 1987 n. 59 (recante Disposizioni transitorie e urgenti per il funzionamento del Ministero), in forza della quale, "qualora si verificino situazioni di grave pericolo di danno ambientale e non si possa altrimenti provvedere, il Ministro dell'ambiente, di concerto con i Ministri eventualmente competenti, può emettere ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'ambiente. Le ordinanze hanno un'efficacia per un periodo non superiore a sei mesi" (art. 8).

Tali disposizioni, seppur scarsamente utilizzate nella prassi, sembrano individuare alcuni elementi sostanziali per una definizione delle emergenze ambientali e dei poteri straordinari ad esse conseguenti. In primo luogo, il dettato legislativo specifica la natura dello stato di necessità parlando di "grave pericolo di danno". Volendo aderire ad una interpretazione letterale del testo, si potrebbe poi affermare che la situazione di urgenza non può essere legata ad una inerzia o inefficienza dell'azione amministrativa. Il ricorso al termine 'verificare', invero, sembra voler indicare che la situazione di pericolo non possa essere legata ad una condizione o stato di fatto preesistente, ma debba originarsi al di fuori dell'area di intervento dell'amministrazione.

In secondo luogo, la disposizione sembra esplicitare i requisiti di legittimità delle ordinanze *extra ordinem* enucleati nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale. Per un verso, infatti, le misure adottate dal Ministro hanno una durata inderogabilmente provvisoria. Per altro verso, autorizzando il ricorso ai

³³⁸ Sul punto, tra gli altri, v. M. Ricci, *Il potere di ordinanza*, cit., pp. 23 s., il quale ricostruisce le posizioni differenti assunte nel tempo dalla giurisprudenza sulla possibilità che l'urgenza derivi da una inefficienza dell'azione amministrativa ovvero possa, permanendo nel tempo, legittimare la sostanziale perpetuazione dei provvedimenti straordinari.

³³⁹ La norma continua disponendo ulteriormente che "se la mancata attuazione o l'inosservanza di cui al presente

comma è imputabile ad un ufficio periferico dello Stato, il Ministro dell'ambiente informa senza indugio il Ministro competente da cui l'ufficio dipende, il quale assume le misure necessarie per assicurare l'adempimento. Se permane la necessità di un intervento cautelare per evitare un grave danno ecologico, l'ordinanza di cui al presente comma è adottata dal Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'ambiente".

provvedimenti straordinari laddove “non si possa altrimenti provvedere”, il legislatore sembra non solo attribuire un ruolo residuale ai poteri *extra ordinem*, ma anche voler delimitare il loro campo d’azione secondo i principi di proporzionalità ed adeguatezza.

Un analogo tentativo di circoscrivere con maggiore dettaglio il margine della discrezionalità amministrativa si può ritrovare anche nel Testo unico sull’ambiente (D. Lgs. 3 aprile 2006 n. 152) nell’ambito della gestione dei rifiuti. Secondo quanto dispone l’art. 191, infatti, “qualora si verificano situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell’ambiente, e non si possa altrimenti provvedere, il Presidente della Giunta regionale o il Presidente della Provincia ovvero il Sindaco possono emettere, nell’ambito delle rispettive competenze, ordinanze contingibili ed urgenti per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti, anche in deroga alle disposizioni vigenti, nel rispetto, comunque, delle disposizioni contenute nelle direttive dell’Unione europea, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell’ambiente”. La norma prevede altresì che tali provvedimenti debbano essere comunicati entro tre giorni a Governo ed altri soggetti pubblici interessati e, in via ulteriore, debbano basarsi su un parere tecnico con specifico riferimento alle conseguenze ambientali ed indicare “le norme a cui si intende derogare”. Analogamente alle altre ordinanze del Ministro dell’ambiente, i provvedimenti hanno durata provvisoria e non possono essere reiterate per un periodo superiore a 18 mesi.

Rispetto alla previsione della L. 59/1987, il legislatore ha espressamente inserito un limite alla capacità derogatoria delle norme, facendo salvi i vincoli delle direttive europee. L’art. 3 *bis*, comma 2, del Testo unico, inoltre, individua nell’obbligo di rispetto dei principi generali dell’ordinamento giuridico un

ulteriore limite per i poteri derogatori dei provvedimenti *extra ordinem*.

Ancorché delimitato al tema della gestione dei rifiuti, il quadro delineato sembra porre idonee garanzie contro possibili abusi dei poteri straordinari attribuiti all’amministrazione per la gestione di eventi emergenziali. La prassi, tuttavia, si è sviluppata su linee non del tutto coerenti³⁴⁰. Per un verso, infatti, numerosi sono stati i casi in cui le autorità locali hanno fatto ricorso ad ordinanze contingibili e urgenti per ovviare a inefficienze interne alla gestione dei rifiuti. Per un altro verso, anche in virtù di un’espressa clausola abilitante³⁴¹, i provvedimenti provvisori sono stati talvolta rinnovati per un periodo superiore al massimo previsto.

3. Segue: emergenza e poteri straordinari nella disciplina del sistema di protezione civile.

All’interno del quadro brevemente delineato, si deve rilevare come le deviazioni più evidenti rispetto ad una ordinata e, per così dire, prevedibile gestione delle emergenze, si registrino in forza del sempre più frequente ricorso ai più ampi strumenti di intervento previsti dalla disciplina del sistema di protezione civile. La stessa disposizione sulla gestione dei rifiuti, invero, sembra voler riservare alle ordinanze in essa disciplinate una funzione residuale rispetto a quelle previste dalla legge istitutiva del servizio nazionale di protezione civile.

Proprio la disciplina della protezione civile rappresenta, quindi, il punto di riferimento per l’individuazione del

³⁴⁰ Per un’analisi più approfondita, tra gli altri, si rimanda a M. Ricci, *Il potere di ordinanza*, cit., pp. 9 ss.

³⁴¹ La disposizione, infatti, recita: “qualora ricorrano comprovate necessità, il Presidente della Regione d’intesa con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare può adottare, dettando specifiche prescrizioni, le ordinanze di cui al comma 1 anche oltre ...” il termine di 18 mesi.

concetto di emergenza ambientale e la determinazione dei margini di intervento dell'apparato istituzionale.

Al riguardo, sebbene le linee di fondo non siano negli anni mutate, dall'approvazione dell'originaria L. 24 febbraio 1992 n. 225³⁴² all'entrata in vigore dell'attuale Codice della protezione civile (D. Lgs. 2 gennaio 2018 n. 1), il legislatore è più volte intervenuto anche sullo specifico tema dei poteri *extra ordinem* finalizzati alla gestione di eventi emergenziali.

Il regime originario divideva in tre categorie le ipotesi di attivazione del sistema di protezione civile. Nelle prime due classi rientravano quegli "eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo" che potevano essere fronteggiati "in via ordinaria" da singole amministrazioni, in via autonoma o in coordinamento tra esse. La terza categoria, invece, era rappresentata da "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari" (art. 2). Secondo quanto disponeva l'art. 5, solo in questi casi il Consiglio dei Ministri poteva dichiarare lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale. Simile atto legittimava il ricorso ad "ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico". Tali provvedimenti, peraltro, dovevano essere motivati e "contenere l'indicazione delle principali norme a cui si intende[va] derogare". Per l'attuazione delle misure straordinarie, poi, il Presidente del

Consiglio poteva nominare un commissario delegato.

Ora, da una lettura organica del quadro normativo si può evincere come la configurazione dell'emergenza ambientale era limitata ai soli casi calamitosi o di catastrofi che, per intensità e dimensione, richiedevano misure *extra ordinem*. Il campo di azione di tali provvedimenti era poi limitato per durata ed estensione alle valutazioni compiute in sede di dichiarazione dello stato di emergenza. In questo quadro, tuttavia, due elementi aprivano ad una lettura estensiva dei margini di azione dei poteri straordinari. Da un lato, infatti, la dichiarazione di emergenza poteva essere conseguente non solo a calamità o catastrofi naturali, ma anche al verificarsi di non meglio definiti "altri eventi" che richiedessero di essere fronteggiati con strumenti eccezionali. Dall'altro lato, la configurabilità o meno di uno stato d'urgenza era demandata esclusivamente alla valutazione discrezionale del Governo, il quale con la dichiarazione dello stato di emergenza 'autolegittimava' il ricorso a poteri straordinari, definendone durata e campo di applicazione.

I dubbi esposti avevano trovato piena conferma nel successivo intervento della L. 9 novembre 2001 n. 401, con la quale il legislatore aveva inserito tra le ipotesi di attivazione dei poteri di cui all'art. 5 anche i cd. "Grandi eventi" (art. 5 *bis*, comma 5). Sulla scorta di tale previsione, nel corso degli anni il ricorso ai poteri straordinari del sistema di protezione civile si era sensibilmente sviluppato, anche al di fuori degli eventi calamitosi e delle catastrofi naturali per cui erano stati originariamente delineati³⁴³.

³⁴² Per una storia dell'evoluzione normativa italiana nel settore delle calamità naturali e della protezione civile, tra gli altri, v. R. Raponi, *L'Italia, la normativa relativa alle calamità naturali e gli effetti dei vincoli europei (tra cui in primis il rispetto del pareggio di bilancio) sulla ricostruzione*, in *Amministrativamente*, 2016, f. 7-8, pp. 5 s.; G. De Maio, *L'amministrazione straordinaria tra stato di emergenza e calamità naturali*, in M. Basilavecchia – L. del Federico – A. Pace – C. Verrigni (cur.), *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità*, cit., pp. 471 ss..

³⁴³ In merito ad alcune delle molteplici applicazioni dei poteri straordinari per i cd. grandi eventi, v. G. Marazzita, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, cit. pp. 24 ss.; A. Benedetti, *L'eredità di Expo Milano 2015 e la disciplina dei grandi eventi*, in *Amministrare*, 2016, f. 1, pp. 10 ss.; A. Roccella, *La gestione amministrativa di un grande evento: regole e deroghe*, ivi, pp. 23 ss.; R. Cavallo Perin – B. Gagliardi, *La disciplina giuridica dei grandi eventi e le olimpiadi invernali*

Oltre alla critica generale della dottrina, tale deriva ha spinto la Commissione europea ad avviare alcune procedure di infrazione per violazione della normativa europea. Ed anche per questo, nel 2012 il Parlamento ha cercato di porre rimedio, escludendo i Grandi eventi dalla competenza della Protezione civile (L. 24 marzo 2012 n. 27)³⁴⁴.

A più di venticinque anni dall'entrata in vigore della legge istitutiva, nel 2018 il Governo ha approvato il nuovo Codice della protezione civile, consolidando le modifiche introdotte nel tempo ed inserendo alcune novità. Per quanto rileva in questa sede, gli aspetti più interessanti riguardano proprio la definizione del concetto di emergenza. Infatti, se nella disciplina originaria tale qualifica era legata alla dichiarazione dello stato di emergenza e quest'ultimo poteva essere attivato solo in occasione di calamità e catastrofi che rendessero necessario il ricorso a poteri straordinari, l'attuale art. 7 attribuisce la qualifica emergenziale a tutte e tre le categorie di eventi in cui sia attivabile la macchina della protezione civile. Costituiscono, quindi, emergenze sia gli eventi fronteggiabili con poteri ordinari, sia gli eventi che richiedano misure *extra ordinem*.

Anche la classificazione degli eventi ha subito una rimodulazione. Per un verso, non si parla più di "eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo" ma di "eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo". In questo modo, sembra ampliarsi la sfera di operatività del sistema anche ad eventi che abbiano esclusivamente origine antropica. Per altro verso, rispondendo alle esigenze di un sistema multilivello, ora si distinguono 'emergenze' di natura locale, regionale o nazionale, prevedendo la possibilità di attivare mezzi straordinari

sia da parte del governo nazionale che di quelli regionali³⁴⁵.

Alcune novità sono state inserite anche negli artt. 24 e 25 sulla disciplina della dichiarazione dello stato di emergenza nazionale e la delimitazione dei poteri di ordinanza *extra ordinem*. Sotto il primo profilo, da un lato il legislatore ha cercato di delimitare la discrezionalità del Governo richiedendo, per la proclamazione dello stato di emergenza, una preventiva valutazione del Dipartimento di protezione civile in coordinamento con le Regioni interessate. Ancora, la legge pone un limite esplicito alla durata dello stato di 'eccezione', affermando che esso non può superare i 24 mesi³⁴⁶.

Dall'altro lato, il legislatore apre pericolosamente ad una ulteriore espansione del margine di intervento dei poteri straordinari, ammettendo la possibilità di dichiarare lo stato di emergenza non solo al verificarsi degli eventi calamitosi, ma anche "nella loro imminenza" e confermando l'esclusione (già disposta con una norma di interpretazione autentica inserita nel D.L. 23 maggio 2008 n. 90³⁴⁷) di tali delibere dal controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti. Parallelamente, anche le ordinanze *extra ordinem* sono espressamente escluse dal controllo di legittimità della magistratura contabile.

Anche sotto ulteriori aspetti, la novellata disciplina della dichiarazione dello stato di emergenza e dei poteri straordinari di ordinanza presenta luci ed ombre. Per un verso, infatti, la legge cerca di delimitare il campo di azione del potere straordinario indicando i contenuti generali delle ordinanze governative.

³⁴⁵ Si minore rilievo appare l'individuazione, già nell'art. 7, della limitazione temporale dei poteri straordinari, già prevista nel vecchio art. 5 L. 225/1992 e tuttora ribadita nell'art. 24 del codice vigente.

³⁴⁶ La norma prevede infatti una durata massima di 12 mesi prorogabile "per non più di ulteriori 12 mesi"

³⁴⁷ Sul punto, v. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit., pp. 34 s.

"Torino 2006", in *Dir. Amm.*, 2012, f. 1-2, pp. 189 ss.

³⁴⁴ Sul tema, tra gli altri, v. P. Serafino, *La legge 225/1992 e i "Grandi Eventi" come expo 2015*, in *Amministrativamente*, 2015, f. 3-4, pp. 4 s..

Parallelamente, individuando i limiti del potere derogatorio attribuito ai provvedimenti *extra ordinem*, il Codice affianca al rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico la salvaguardia "delle norme dell'Unione europea".

Per altro verso, tuttavia, l'attuale disciplina sembra voler allentare il freno verso il ricorso a provvedimenti straordinari. La disciplina originaria, infatti, stabiliva espressamente che per la gestione delle situazioni emergenziali il Governo potesse provvedere "anche a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente" (art. 5, comma 2, L. 225/1992). Tale formulazione suggeriva quindi di utilizzare strumenti straordinari solo quando, in coerenza con i dettami del principio di legalità e dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, non fosse ammissibile il ricorso a misure e procedure 'ordinarie'. Il dettato vigente, per contro, elidendo il termine 'anche', pare indicare nelle ordinanze *extra ordinem* l'unico strumento di azione per la gestione concreta delle emergenze.

I dubbi sul sistema brevemente delineato trovano maggior forza se si considera la prassi consolidatasi nel corso degli anni. Oltre alla già menzionata deriva rappresentata dal ricorso a poteri straordinari per la gestione di eventi non emergenziali, quali i grandi eventi, bisogna sottolineare come, analogamente a quanto esposto sulle ordinanze in campo ambientale, molte volte il sistema di protezione civile sia stato attivato per gestire eventi di origine esclusivamente antropica e, in particolare, situazioni di crisi generate da un mal funzionamento dell'apparato amministrativo³⁴⁸.

L'aspetto che forse desta maggior perplessità, peraltro, appare quello legato alla confusione che la gestione delle emergenze ha apportato al sistema delle fonti. In questo contesto, non rileva tanto il potere derogatorio delle ordinanze *extra*

³⁴⁸ È il caso degli stati di emergenza dichiarati per affrontare le crisi legate alla gestione dei rifiuti in Regioni, quali Campania e Calabria.

ordinem. Prescindendo dai dubbi storicamente espressi da molta parte della dottrina, si deve evidenziare come un'applicazione corretta del limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme europee potrebbe ridimensionare i profili critici del sistema. Nella prassi, tuttavia, si è sovente assistito alla scelta del Governo di affiancare le ordinanze di protezione civile all'approvazione di decreti legge *ad hoc*³⁴⁹. In questo modo, con interventi normativi straordinari di deroga/abrogazione del quadro normativo vigente si sono eliminate o smussate eventuali barriere all'intervento dei provvedimenti amministrativi, anch'essi straordinari, finalizzati alla gestione delle crisi³⁵⁰.

4. I vincoli derivanti dalla normativa europea.

In questo scenario di luci ed ombre del quadro normativo interno, assume particolare interesse l'analisi dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo. Pur prescindendo dal rinvio esplicito compiuto dal legislatore nel Codice della protezione civile, infatti, la sua obbligatorietà per gli attori istituzionali interni può fornire elementi utili per dare maggiore chiarezza al concetto di emergenza ambientale così come per individuare limiti concreti al margine di azione dei poteri straordinari previsti dalla disciplina nazionale.

Al riguardo, bisogna preliminarmente osservare come la natura sovranazionale

³⁴⁹ Sul punto v. G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole*, cit. p. 39; M. Brocca, *L'altra amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 68 ss. e, sul caso degli eventi sismici che hanno colpito il centro Italia nel 2016, S. Spuntarelli, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, f. 3, pp. 14 ss..

³⁵⁰ Sotto diverso profilo, bisogna rilevare come l'affiancamento di interventi normativi derogatori a provvedimenti amministrativi straordinari renda inevitabilmente più complessa l'individuazione della sede di controllo della correttezza dell'operato dell'esecutivo.

dell'Unione ponga le istituzioni su un secondo livello, attribuendo loro un interesse solo secondario in relazione alle emergenze ambientali. In simili circostanze, invero, l'Unione può essere chiamata in causa unicamente per gli aiuti economici, diretti o indiretti, che può offrire, per un'eventuale attività di coordinamento degli aiuti da parte dei Paesi membri e, in ultima analisi, per le possibili deroghe che le gestioni interne delle emergenze possono comportare per l'applicazione del diritto europeo.

Così, procedendo nella presente analisi dal complesso delle norme primarie, nessuna disposizione affronta il tema della definizione dei poteri straordinari. Le prime due disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione che possono assumere un rilievo nel presente quadro di lavoro, invero, riguardano le possibili deroghe al regime degli aiuti di Stato. In particolare, secondo quanto prevede l'art. 107 TFUE, sono sempre compatibili con il mercato interno "gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali" (par. 2, lett. b). Ex art. 108, poi, è possibile che, a richiesta di uno Stato membro, il Consiglio all'unanimità decida che un aiuto debba considerarsi legittimo "quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione".

Sotto diverso profilo, l'art. 222 TFUE sulla clausola di solidarietà prevede che l'Unione e gli altri Stati membri agiscano "congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro ... sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo. In tale contesto, l'Unione stessa può mobilitare "tutti gli strumenti di cui dispone" per prestare assistenza ad un Paese membro sul suo territorio, così come può coordinare, attraverso il Consiglio, l'intervento degli altri Stati³⁵¹.

³⁵¹ Sul meccanismo di solidarietà, v. T. Russo, *Solidarity among member States in the event of a natural or man-made disaster (art. 222 TFEU)*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2016, f. 54, pp. 43 ss.; M. Gestri,

Infine, con norma inserita nei trattati istitutivi in occasione del Trattato di Lisbona, l'art. 196 TFUE prevede una competenza dell'Unione volta a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri "al fine di rafforzare i sistemi di prevenzione e di protezione dalle calamità naturali o provocate dall'uomo"³⁵². Esclusa qualsiasi forma di armonizzazione delle disposizioni normative interne ai singoli Paesi, l'azione dell'Unione mira a promuovere la creazione di un sistema europeo di protezione civile che sia di ausilio e complemento per le strutture adottate dai singoli Stati membri".

Appare quindi evidente, dalla ricostruzione brevemente operata, come i Trattati non contengano una definizione puntuale del concetto di emergenza ambientale; né dagli stessi può essere dedotto un inquadramento della natura e dei limiti dei poteri straordinari esercitabili dagli Stati membri colpiti da eventi emergenziali. Le norme riportate, invero, si limitano ad ammettere ipotesi di intervento in casi di non meglio specificate calamità naturali.

Almeno per quanto riguarda la definizione di emergenza ambientale ed i limiti delle eventuali deroghe all'applicazione delle regole europee, tuttavia, maggiori puntualizzazioni possono essere reperite nelle fonti secondarie. Più in particolare, elementi di rilievo per i governi nazionali possono essere rinvenuti nella disciplina delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, nella regolamentazione del divieto di aiuti di Stato e, da ultimo, nell'implementazione del sistema europeo di protezione civile.

Relativamente al primo ambito, bisogna osservare come il tema della possibilità di

EU Disaster Response Law: Principles and Instruments, in A. de Guttery-M. Gestri-G. Venturini (cur.), *International Disaster Response Law*, Springer, The Hague, 2012 pp. 109 ss.

³⁵² Sul tema, v. T. Russo, *Solidarity among member States*, cit. pp. 51 ss.; M. Gestri, *EU Disaster Response Law*, cit., pp. 115 ss.

deroghe per eventi emergenziali fosse già stato inserito nella prima regolamentazione del settore degli affidamenti pubblici. Nella Direttiva 93/37 CEE, infatti, si prevedeva espressamente la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di “attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara ... nella misura strettamente necessaria, quando l’urgenza imperiosa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate ... Le circostanze invocate per giustificare l’urgenza imperiosa non devono in alcun caso essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici” (art. 7, par. 3, lett. c)).

Tale disposizione è stata successivamente riproposta senza sostanziali modifiche nella successiva Direttiva 2004/18 CE (art. 31) e, da ultimo, nella Direttiva 2014/24/UE (art. 32, par. 2, lett c)) attualmente in vigore.

Come esplicitato nei considerando 50 e 80 di quest’ultimo provvedimento, la soluzione della procedura negoziata senza pubblicazione di bando rappresenta l’*extrema ratio* in caso di emergenze che non consentano l’espletamento delle procedure ordinarie³⁵³. In particolare, secondo quanto dispone il considerando n. 80 “le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di ridurre

ulteriormente i termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte nei casi in cui uno stato di emergenza renda impraticabili i termini regolari, ma non renda impossibile una procedura regolare con pubblicazione. Solo in situazioni eccezionali in cui l’estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili dall’amministrazione aggiudicatrice in questione che non sono ad essa imputabili rende impossibile il ricorso a una procedura regolare anche entro termini ridotti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, entro i limiti di quanto strettamente necessario, avere la possibilità di aggiudicare appalti con procedura negoziata senza previa pubblicazione. Ciò potrebbe verificarsi quando calamità naturali richiedono interventi immediati”.

La disciplina europea, quindi, per un verso sembra individuare le emergenze negli eventi calamitosi di particolare urgenza, tali da richiedere interventi indifferibili. Per altro verso, la deroga all’applicazione delle procedure ordinarie deve, secondo quanto già affermato dalla giurisprudenza costituzionale nazionale, rispondere a principi di proporzionalità ed adeguatezza. Sebbene di tenore generale, pertanto, la previsione europea non rappresenta una clausola in bianco a favore degli Stati nazionali, ma cerca di delineare i margini della discrezionalità ad essi riconosciuta.

Analoghe forme di delimitazione del tema delle emergenze ambientali e del livello di libertà d’azione degli Stati membri, come accennato, sono contenute nella decisione sul meccanismo europeo di protezione civile e nella regolamentazione degli aiuti di Stato. Per quanto riguarda il primo campo, con la Decisione 1313/2013/UE del Parlamento e Consiglio si propone una definizione espressa del concetto di catastrofe, intendendo con essa “qualsiasi situazione che abbia o possa avere conseguenze gravi sulle persone, l’ambiente o i beni, compreso il

³⁵³ Prima di ricorrere alla soluzione della procedura negoziata senza pubblicazione del bando, infatti, per le procedure aperte, l’art. 27 della Direttiva prevede che “se, per motivi di urgenza debitamente dimostrati dall’amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi ... non possono essere rispettati, le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara”. Per il caso delle procedure ristrette, poi, l’art. 28 prevede ulteriormente che, in casi di “urgenza debitamente dimostrati dall’amministrazione aggiudicatrice” per cui sia impossibile rispettare i termini minimi previsti, la stessa possa fissare “un termine di ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni”.

patrimonio culturale” (art. 4)³⁵⁴. Simile specificazione risulta strumentale per individuare la sfera di azione del meccanismo unionale di protezione civile. Esso, infatti, è chiamato a promuovere la solidarietà tra gli Stati membri, attraverso la cooperazione ed il coordinamento delle loro attività, nell’intento di garantire “la protezione delle persone, ma anche dell’ambiente e dei beni, compreso il patrimonio culturale, da ogni tipo di catastrofi naturali e provocate dall’uomo”; tra queste si pongono le conseguenze delle catastrofi “ambientali, l’inquinamento marino e le emergenze sanitarie gravi”. Coerentemente con quanto previsto dall’art. 196 TFUE, non avendo le istituzioni europee alcuna competenza diretta in tale ambito, la Decisione non contiene prescrizioni formali volte a limitare gli spazi di manovra dei governi nazionali; al contrario, questi ultimi sono individuati come i responsabili primari per la protezione di beni e persone. L’intervento europeo, però, individua i margini in cui l’Unione può attivare meccanismi di solidarietà e strumenti eccezionali di intervento³⁵⁵.

Limiti ben definiti alla sfera di azione degli Stati membri, invece, sono individuati dalla normativa sugli aiuti di Stati³⁵⁶. Con Regolamento 651/2014 della Commissione, infatti, è stata data attuazione alla previsione dell’art. 107,

³⁵⁴ In merito, v. S. Villani, *Riflessioni sul regime dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato in caso di calamità*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2017, f. 3, p. 590s.

³⁵⁵ Tra questi si pongono anche il Fondo di solidarietà dell’Unione europea (FSUE), istituito con Regolamento del Consiglio già nel 2002 e poi disciplinato con Regolamento (UE) 661/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, ed il Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR) o i diversi fondi strutturali e di investimento.

³⁵⁶ Sul tema, tra i molti, v. R. Raponi, *L’Italia, la normativa relativa alle calamità naturali e gli effetti dei vincoli europei*, cit., pp. 19 ss.; S. Villani, op. cit., pp. 585 ss.; L. Tebano, *Gli aiuti pubblici per calamità naturali e il ruolo del giudice nazionale: dall’(in)certa qualificazione all’esenzione*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2014, f. 1, pp. 201 ss..

par. 2, lett. b) TFUE sulla legittimità *de jure* degli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da calamità naturali. In particolare, l’art. 50 del Regolamento ammette, ed esenta dall’obbligo di notifica preventiva, quegli aiuti che siano volti a coprire i danni “arrecati da terremoti, valanghe, frane, inondazioni, trombe d’aria, uragani, eruzioni vulcaniche e incendi boschivi di origine naturale”. L’intervento dello Stato, peraltro, è legittimo solo se lo stesso abbia riconosciuto formalmente il carattere di calamità naturale dell’evento e se copra danni subiti da imprese che siano eziologicamente connessi allo stesso. Il regime di aiuto, inoltre, deve essere adottato nei tre anni successivi alla data della calamità e gli aiuti devono essere concessi entro quattro anni dalla stessa. L’entità del risarcimento, poi, deve essere limitata al 100% dei costi ammissibili (al netto dei pagamenti effettuati in forza di polizze assicurative), individuati nei danni materiali ed attivi e nella perdita di reddito subita per un periodo massimo di sei mesi dalla data dell’evento.

La disposizione in esame codifica sostanzialmente la prassi consolidata della Commissione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di aiuti di Stato per eventi calamitosi³⁵⁷. La novità principale è rappresentata dalla esclusione dell’obbligo di notifica preventiva dell’intervento da parte del governo nazionale. Ciò, sicuramente coerente con la legittimità *de jure* di simili aiuti, non esclude peraltro una forma di controllo successivo da parte della Commissione. Grava, quindi, sugli Stati l’onere di delineare la misura di aiuto, rispettando i requisiti di merito previsti dalla disciplina in oggetto.

³⁵⁷ Riguardo alle decisioni della Corte di Giustizia in tema di aiuti di stato stanziati dall’Italia in caso di calamità, tra le altre si possono citare la decisione CGUE del 14.7.2011, causa C-303/09, *Commissione c. Repubblica italiana* e quella del 28.4.1993, causa C-364/90, *Repubblica italiana c. Commissione*.

Ai fini del presente studio, tuttavia, l'elemento di maggiore interesse sembra essere l'elenco delle tipologie di eventi che legittimano l'intervento statale. Come per il resto della disposizione, l'individuazione delle emergenze ambientali 'ammissibili', riprende la prassi consolidata della Commissione. Sulla base di quanto esposto nel considerando n. 69, in particolare, l'intervento normativo sembra voler rendere chiarezza, rispondendo ad una esigenza di "certezza del diritto". Sul punto, peraltro, parte della dottrina ha evidenziato come l'elencazione effettuata non tenga conto di eventi, quali le emergenze agricole connesse a siccità e taluni altri fenomeni atmosferici, tradizionalmente ritenuti ammissibili dalla Commissione³⁵⁸. Invero, lo stesso considerando n. 69 del Regolamento chiarisce che "i danni causati da condizioni meteorologiche avverse quali gelo, grandine, ghiaccio, pioggia o siccità non dovrebbero essere considerati una calamità naturale ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera b), del trattato".

Da tale precisazione, dovrebbe quindi inferirsi che tali tipologie di eventi non possano giustificare aiuti da parte degli Stati membri. A ben vedere, però, l'esclusione di simili manifestazioni dall'elenco non è tale da escludere automaticamente l'ammissibilità di interventi statali di aiuto.

Come accennato, infatti, la Commissione e la Corte hanno tradizionalmente ritenuto legittimi interventi volti a ovviare ai danni provocati da fenomeni gravi di siccità o di alluvioni³⁵⁹. Il loro mancato inserimento all'interno dell'elenco disposto dall'art. 50

³⁵⁸ In merito, v. S. Villani, *op. cit.*, p. 5591 s.

³⁵⁹ In merito, tra le altre, v. CGUE, sentenza del 23.2.2006, causa C-346/03 e 529/03, *Atzeni e altri c. Regione autonoma della Sardegna*. Sulla prassi della Commissione, v. anche C. Buccico, *Compatibilità europea degli interventi a sostegno delle aree colpite da calamità naturali*, in M. Basilavecchia – L. del Federico – A. Pace – C. Verrigni (cur.), *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità*, cit., pp. 158 ss..

del Regolamento 651/2014, quindi, potrebbe non rilevare ai sensi dell'ammissibilità dell'aiuto, ma solo al più limitato fine della procedura da seguire in simili occasioni³⁶⁰. In altri termini, queste manifestazioni non ricadrebbero nelle "calamità naturali", ma potrebbero ben essere ricomprese negli "altri eventi eccezionali" di cui parla lo stesso art. 107 TFUE. Ferme restando le condizioni di merito per la legittimità degli aiuti statali, pertanto, in caso eventi non ricompresi nell'elenco tassativo di cui sopra, il governo sarebbe gravato dell'ulteriore onere di notificare preventivamente alla Commissione la sua decisione di intervenire.

Da uno sguardo d'insieme del quadro normativo europeo, si può sinteticamente osservare come, ancor più di quanto osservato sul piano nazionale, le disposizioni delineino una trama generale di indirizzo dell'operato dei governi statali, lasciando loro ampio margine di discrezionalità ma ponendo al contempo strumenti atti ad evitare possibili abusi o, in altri termini, che la discrezionalità si tramuti in arbitrarietà e che clausole di flessibilità, necessarie per gestire situazioni imprevedibili e straordinarie, possano fungere da grimaldello per eludere i vincoli insiti al mercato unico europeo.

5. Il difficile rapporto tra sistema italiano e vincoli europei: il caso della regolamentazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

L'esperienza italiana in tema di rispetto dei vincoli europei nel campo delle emergenze ambientali si presta ad una

³⁶⁰ In senso analogo, v. L. del Federico, *Introduzione allo studio della finanza pubblica per le aree colpite da calamità*, in M. Basilavecchia – L. del Federico – A. Pace – C. Verrigni (cur.), *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità*, cit., pp. 17 ss.; F. Fichera, *Calamità naturali, principi costituzionali e agevolazioni fiscali*, ivi, pp. 40 ss.; C. Buccico, *loc cit.*

duplice lettura. Si è accennato come le disposizioni normative interne esprimano oramai un limite generale al potere derogatorio dei provvedimenti *extra ordinem* che è rappresentato dal rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea. Le normative di settore, poi, hanno sostanzialmente recepito le norme e gli indirizzi provenienti dalla prassi e dalla giurisprudenza europea. Da un punto di vista materiale, tuttavia, la condotta e le misure adottate dalle istituzioni nazionali non sempre si rivelano aderenti ai vincoli europei. Al riguardo, due settori più di altri assumono interesse: l'ambito degli appalti pubblici e quello degli aiuti stanziati per ovviare ai danni arrecati dalle emergenze.

Per quanto riguarda il settore degli affidamenti pubblici, bisogna preliminarmente osservare come, pur nella vincolatività dei principi generali dell'ordinamento europeo, il margine di azione dello Stato sia differente a seconda del superamento o meno del valore soglia stabilito dalle Direttive. Così, storicamente, per i lavori sottosoglia L. 11 febbraio 1994 n. 109, meglio conosciuta come legge Merloni, legittimava il ricorso alla trattativa privata nell'ipotesi di eventi imprevedibili di natura calamitosa che determinassero motivi di "imperiosa urgenza ... incompatibili" con le altre procedure di aggiudicazione (art. 24). Maglie un po' più larghe erano state successivamente inserite nel D.P.R. 554/99, contenente il Regolamento di attuazione della legge, in forza del quale "in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio" era legittimo procedere all'affidamento diretto di lavori entro il limite di 200.000 Euro "o comunque di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla incolumità pubblica" (art. 147).

Al di sopra delle soglie comunitarie, la libertà di azione era invece più ristretta a causa dell'applicazione della Direttiva 93/37 CEE che, come esaminato,

implicava la soggezione ad un minimo livello di evidenza pubblica nell'attività contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice e, in secondo luogo richiedeva che l'emergenza non fosse imputabile all'amministrazione stessa.

Simile quadro, peraltro, era reso ancor più complesso dall'approvazione della L. 225/1992 sulla protezione civile, la quale, come accennato *supra*, originariamente non prevedeva il rispetto dei vincoli europei come limite generale all'esercizio di poteri *extra ordinem*³⁶¹.

Gli interventi normativi approvati negli anni successivi e l'atteggiamento adottato dall'esecutivo per gestire gli eventi calamitosi degli anni seguenti, confermavano i dubbi sull'effettiva aderenza del sistema italiano alle prescrizioni europee. Invero, da un lato l'intervento del 2001 con cui il settore dei grandi eventi era stato attratto nell'orbita del sistema di protezione civile e dei poteri derogatori ad esso connessi e, dall'altro, la prassi materiale adottata dal Governo in tema di gestione delle crisi attraverso i poteri derogatori propri del sistema di protezione civile aveva determinato la sostanziale elusione delle norme europee in tema di affidamenti pubblici.

Negli anni, ciò ha portato la Commissione europea ad attivare nei confronti del nostro Paese alcune procedure d'infrazione.

Così, nell'intento di superare le contestazioni mosse a livello europeo, con direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 ottobre 2004, l'esecutivo ha voluto dettare alcuni indirizzi in materia

³⁶¹ Sullo specifico rapporto tra disciplina delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e normativa in tema di protezione civile, tra gli altri, v. A. Cardone, *La prassi delle ordinanze di protezione civile in tema di deroghe nel corso della XVI legislatura. la dimensione qualitativa del fenomeno ed alcuni spunti per limitarlo*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, f. 1, pp. 9 s.; V. Salamone, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amm. CdS*, 2008, f. 3, pp. 937 ss..

di protezione civile con particolare riguardo proprio all'attività contrattuale relativa ad appalti di rilievo comunitario³⁶². In questo documento, si stabilisce in via generale l'obbligo, per i diversi attori del sistema di protezione civile coinvolti nella gestione delle emergenze, di garantire il pieno rispetto delle direttive europee in materia di appalti pubblici. Secondo quanto disposto dall'art. 4 della direttiva, solo in ipotesi di "assoluta eccezionalità dell'emergenza, da valutarsi in relazione al grave rischio di compromissione dell'integrità della vita umana, il Capo del Dipartimento della protezione civile può essere motivatamente autorizzato a procedere ad affidamenti diretti in materia di appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture di rilievo comunitario ..., sempreché non sia possibile provvedere altrimenti, in termini di rigorosa proporzionalità, e soltanto per periodi di tempo prestabiliti, limitati alla adozione dei primi indispensabili interventi".

In linea con tale impostazione, i successivi interventi di riforma della disciplina in tema di contratti pubblici, hanno sostanzialmente confermato il vincolo del rispetto delle prescrizioni europee. Così, l'art. 57 del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, di disciplina dei contratti pubblici, aveva ripreso quasi testualmente il dettato dell'art. 31 Direttiva 2004/18/CE. Nel successivo D.P.R. 207/2010, contenente il regolamento di attuazione del Codice, era stata poi riproposta la già menzionata (art. 147 D.P.R. 554/1999) disciplina della procedura di "somma urgenza" per le acquisizioni di beni servizi e lavori in economia (art. 176).

Nonostante le limitazioni derivanti dagli interventi normativi nazionali ed europei ed i vincoli autoimposti con atti di indirizzo interni, tuttavia, in occasione di eventi calamitosi o di emergenze nazionali di diversa natura, l'esecutivo ha

continuato a seguire la prassi precedente, autorizzando sia con decreti legge che con le ordinanze di protezione civile la deroga di parte sostanziale della disciplina in tema di contratti pubblici.

Gli effetti distorti, posti in luce dalle cronache giudiziarie degli ultimi anni, prodotti dal ricorso agli strumenti di protezione civile hanno indotto il legislatore a cercare di porre vincoli più chiari all'azione amministrativa in contesti di emergenza. Così, in occasione sia della riforma del Codice degli appalti sia dell'approvazione del nuovo Codice di protezione civile, il legislatore è intervenuto espressamente in tema di rispetto delle prescrizioni europee.

In tema di contratti pubblici, il D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 ha per un verso mantenuto il riferimento ai limiti di ammissibilità per le procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando così come confermati nell'art. 32, par. 2, lett c) Direttiva 2014/24/CE sugli appalti pubblici. Per altro verso, ha elevato a rango di fonte primaria la disciplina, precedentemente contenuta nel D.P.R. 207/2010, sulle procedure per casi di somma urgenza. Il dettato dell'art. 163 del Codice, infatti, riprende l'art. 176 del Regolamento di attuazione, legittimando il ricorso all'affidamento diretto "in circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio"³⁶³.

Ai fini della presente analisi, la scelta del legislatore di regolamentare con fonte primaria tale procedura assume ancor più rilievo se si prendono in considerazione alcune innovazioni introdotte. La disposizione in esame, infatti, ricomprende in modo esplicito tra le

³⁶³ Per un'analisi del quadro normativo attuale, v. V.A. Bonanno, *Nuovo codice appalti: gli affidamenti di lavori in circostanze di somma urgenza. Presupposti, procedure, competenze e modalità di copertura finanziaria*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 23/2/2017; M. Corradino – S. Sticchi Damiani (cur.), *I nuovi appalti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 635 ss.; Trivelloni S., *La gestione dell'emergenza alla luce del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. XV, 2017, pp. 229 ss..

³⁶² *Ibidem.*

circostanze di somma urgenza anche “gli eventi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 24 febbraio 1992, n. 225 ... ovvero la ragionevole previsione ... dell'imminente verificarsi di detti eventi, che richiede l'adozione di misure indilazionabili”. In tali ipotesi, prevede la norma, la somma urgenza è *de jure* ritenuta persistente entro i limiti temporali stabiliti nell'ordinanza contenente la dichiarazione di emergenza: entro i medesimi limiti “le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture” con le procedure per i casi di somma urgenza (comma 6).

Sempre nello stesso articolo si afferma che la natura eccezionale delle circostanze deducibili nelle ordinanze del sistema di protezione civile legittima il ricorso a simili procedure anche al di sopra dei limiti di spesa generalmente imposti. È proprio in questo, tuttavia, che si colloca la seconda novità di maggior rilievo rispetto al passato. Il legislatore, infatti, ha espressamente disposto che “l'affidamento diretto” per i motivi di somma urgenza “non è comunque ammesso per appalti di valore pari o superiore alla soglia europea” (comma 8).

Ad una prima analisi, sembra quindi che il legislatore abbia voluto superare i profili critici del passato, non solo creando un raccordo espresso tra la normativa in tema di contratti pubblici e i vincoli operativi della protezione civile per i casi di calamità naturali, ma anche codificando in modo esplicito il limite dato dalla sfera di applicazione del diritto europeo degli appalti.

Ad un'analisi sommaria, il quadro normativo vigente brevemente ricostruito delinea un bilanciamento equilibrato tra interessi della collettività tra loro potenzialmente confliggenti. Se, da un lato, appare di estrema importanza dotare il Paese di un sistema capace di intervenire prontamente in caso di eventi calamitosi e gestire in modo efficiente ed

efficace le situazioni di emergenza, dall'altro, imprescindibile appare la necessità che tutti gli attori pubblici operino secondo i principi di trasparenza ed imparzialità. Al riguardo, nell'ambito dell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica, il punto di riferimento è rappresentato dalle prescrizioni elaborate a livello europeo. In tal senso, l'inserimento del rispetto dei vincoli europei tanto nella nuova disciplina del potere di ordinanza in capo di protezione civile, quanto nella delimitazione della sfera d'azione delle procedure contrattuali ‘straordinarie’, rappresenta un segno tangibile del cambio di impostazione rispetto al passato.

Un esame più attento, peraltro, suggerisce maggior cautela. Per un verso, infatti, il ricorso alle procedure di affidamento in caso di somma urgenza è stato recentemente oggetto di revisione. Il D. Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, infatti, ha espressamente previsto che l'ipotesi di somma urgenza si configuri non solo nell'ipotesi di calamità naturali per cui si possa arrivare alla dichiarazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale, ma anche nei casi di emergenze di dimensione territorialmente limitata che debbano essere fronteggiate con poteri straordinari o, finanche, ipotesi di eventi fronteggiabili “in via ordinaria” da singoli enti o amministrazioni competenti³⁶⁴. Tale scelta è stata oggetto di espressa censura da parte del Consiglio di Stato, il quale nel suo parere sul provvedimento normativo ha denunciato come tale dilatazione tenda “da un lato a rendere possibile l'utilizzo di procedure straordinarie anche per ovviare a situazioni o disagi di portata limitata che attualmente sono fronteggiati con mezzi

³⁶⁴ Sul punto, v. P. Patrito, *Le novità in tema di procedure di somma urgenza e di protezione civile*, in F. Cardarelli – M. Lipari – M.A. Sandulli (cur.), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici. Guida alle modifiche introdotte dal d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 397 ss.; S. Trivelloni, *La gestione dell'emergenza alla luce del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., pp. 237 s.; M. Corradino – S. Sticchi Damiani (cur.), *I nuovi appalti pubblici*, cit., p. 637.

ordinari, e dall'altro lato a disancorare il presupposto dell'urgenza dall'emissione di un'ordinanza della protezione civile³⁶⁵.

Sotto diverso profilo, sempre il Consiglio di Stato ha espresso un giudizio negativo sul testo del Codice di protezione civile, poi approvato dal Governo, ritenendo che non abbia dato adeguata attuazione alle direttive contenute nella legge delega, la quale poneva dei vincoli specifici in tema di procedure di affidamento di contratti. Secondo i giudici, infatti, il Codice avrebbe dovuto "individuare le procedure per l'acquisizione di forniture e servizi e l'esecuzione di lavori, quando la concreta situazione ordinaria rende possibile l'avvio di procedure rispettose dei principi comunitari e del codice degli appalti ... in altri termini, le procedure *extra ordinem* devono essere *l'extrema ratio* da utilizzare solo per fronteggiare gli eventi contingibili e urgenti mentre deve essere disciplinato, attraverso il coordinamento con il Codice degli Appalti, l'approvvigionamento di beni e servizi programmabili"³⁶⁶.

A tali osservazioni si affianca l'ulteriore constatazione della sostanziale discrezionalità con cui continuano ad essere individuate le linee di indirizzo per l'espletamento delle procedure di affidamento per contratti legati alla gestione delle emergenze. Se, invero, nei casi di eventi di portata territorialmente circoscritta le ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile rinviano semplicemente alle prescrizioni contenute negli artt. 63 e 163 del Codice degli Appalti, per fronteggiare calamità di portata più ampia non è raro riscontrare l'autorizzazione alla deroga di parte sostanziale del D. Lgs. 50/2016; e ciò anche in relazione ad aspetti disciplinati a livello europeo³⁶⁷.

Conclusivamente, sembra quindi che i più recenti interventi normativi adottati in materia di contrattazione pubblica e di protezione civile, pur muovendo nella direzione di un adeguamento del Paese ai vincoli europei, non siano di per sé in grado di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza codificati a livello sovranazionale. La pressione politica esercitata in occasione di emergenze generate da calamità o eventi naturali è infatti tale da portare a ritenere non adeguate le procedure straordinarie e, più in generale, i margini di flessibilità previsti dall'ordinamento europeo. Tale quadro, tuttavia, desta inevitabilmente timori e riflessioni critiche; e ciò, non solo per i rischi di procedure di infrazione avviate dalle istituzioni europee, ma anche, e soprattutto, per il rischio che simile prassi derogatoria dei principi di evidenza pubblica nelle procedure di affidamento di contratti alimenti, come accaduto in passato, fenomeni di corruzione e *mala gestio* della cosa pubblica³⁶⁸.

6. Segue: il caso degli aiuti di Stato.

Le osservazioni svolte in merito al quadro italiano in campo di procedure di affidamento pubblico in caso di eventi emergenziali possono trovare sostanziale riproposizione anche in relazione al settore degli aiuti di Stato disposti in conseguenza di calamità naturali.

Storicamente, l'ordinamento italiano non ha mai recepito in provvedimenti specifici gli indirizzi delineati a livello europeo sul tema. Di conseguenza, il Governo ha potuto profittare di un margine d'azione molto ampio. I richiami e le procedure di infrazione ripetutamente avviati dalla Commissione, hanno tuttavia indotto il Parlamento a correre ai ripari.

³⁶⁵ C. St., parere n. 782 del 30.3.2017.

³⁶⁶ C. St., parere n. 2647 del 19.12.2017

³⁶⁷ S. Spuntarelli, *Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze*, cit. p. 16.

³⁶⁸ *Ivi*, p. 34. In senso analogo, anche F. Manganaro, *La corruzione in Italia*, in *Foro amm.*, 2014, f. 6, p. 1861; G. De Maio, *L'amministrazione straordinaria tra stato di emergenza e calamità naturali*, cit. pp. 494 s..

Così, con l'ultima riforma della cd. legge comunitaria, attuata con la L. 24 dicembre 2012 n. 234, sono state inserite previsioni espresse in tema di aiuti pubblici per calamità naturali. Richiamando espressamente l'art. 107, par. 2, lett. b) del TFUE, l'art 47 del provvedimento in questione codifica i vincoli e le prescrizioni delineate dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, anticipando le misure successivamente inserite nel Regolamento UE 651/2014, *supra* analizzato³⁶⁹.

Secondo la disposizione in oggetto, aiuti pubblici possono essere concessi a soggetti che esercitano un'attività economica, nei limiti del cento per cento del danno subito, comprese le somme versate a titolo di tributi, contributi previdenziali e premi assicurativi dovuti nel periodo di vigenza dello stato di emergenza.

Prevedendo che gli aiuti possano essere concessi esclusivamente a soggetti che esercitino la propria attività economica nell'area geografica per la quale sia "stato dichiarato lo stato di emergenza", la norma pone implicitamente come requisito per l'intervento pubblico il preventivo riconoscimento della natura emergenziale dell'evento.

Ancora, l'articolo in esame comprende nei limiti dell'aiuto erogabile tanto il danno emergente quanto il lucro cessante, ma richiede che sia data prova del nesso di causalità diretta tra l'evento calamitoso ed il pregiudizio lamentato.

Da ultimo, si precisa che ancorché interventi possano essere disposti da differenti livelli di governo, l'aiuto complessivamente disposto non possa superare l'ammontare del danno subito; e ciò al netto anche di eventuali risarcimenti ottenuti da altre fonti, quali

coperture assicurative precedentemente sottoscritte, con la sola ammissione dell'eventuale risarcibilità anche del premio pagato per l'anno in cui si sia verificata la calamità.

La legge prevedeva, infine, l'adozione di un decreto del Presidente della Repubblica, adottato di concerto con la Commissione, che permettesse di ovviare all'obbligo di preventiva autorizzazione da parte della stessa per la concessione degli aiuti. Tale disposizione, tuttavia, risulta essere ora superata dall'entrata in vigore del Regolamento europeo 651/2014.

Ora, nella realtà, all'intervento normativo brevemente riportato, perfettamente aderente ai parametri posti a livello europeo, si affianca una prassi delle istituzioni nazionali non sempre in linea con la posizione più volte espressa dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia.

Al riguardo, si può riportare esemplificativamente il caso del sisma in Abruzzo del 2009³⁷⁰. Con una serie di provvedimenti e atti normativi, analogamente a quanto operato per precedenti eventi calamitosi, il governo italiano ha sostanzialmente disposto la riduzione del 60% di tributi e contributi spettanti alle imprese aventi sede legale o operativa nei comuni colpiti dal terremoto, prevedendo altresì la sospensione ed il differimento del versamento delle somme dovute fino a gennaio 2012; e ciò, senza procedere ad alcuna notifica nei confronti della Commissione. Avverso le richieste di informazioni provenienti da Bruxelles, le autorità italiane hanno tentato di dimostrare che gli aiuti fossero legittimi. All'esito dell'istruttoria, tuttavia, nel 2015 la Commissione si è espressa nel senso dell'incompatibilità dei provvedimenti assunti dall'Italia con le prescrizioni

³⁶⁹ In merito, v. O. Lombardi, *Aiuti fiscali per calamità naturali: condizioni e limiti alla luce dei recenti orientamenti europei*, in M. Basilavecchia – L. del Federico – A. Pace – C. Verrigni (cur.), *Interventi finanziari e tributari per le aree colpite da calamità*, cit., pp. 135 ss..

³⁷⁰ In merito, v. S. Villani, *Riflessioni sul regime dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato in caso di calamità*, cit., pp. 596 ss.; C. Buccico, *Compatibilità europea degli interventi a sostegno delle aree colpite da calamità naturali*, cit., pp. 192 ss.

europee³⁷¹. Gli aiuti disposti dal governo nazionale, infatti, non disponevano alcuna definizione dei danni materiali risarcibili né contenevano indicazioni in merito alla delimitazione di un nesso causale tra l'evento calamitoso ed i danni subiti.

In tale quadro, risultava impossibile accertare che gli aiuti avrebbero interessato solo imprese realmente colpite dal sisma; in realtà, le misure di sostegno si applicavano a tutte le attività che avessero sede legale o operativa nelle aree disastrose, indipendentemente dal pregiudizio eventualmente subito. Così, il rimborso poteva anche essere superiore all'ammontare del danno patito.

Di conseguenza, la Commissione ha ordinato al governo italiano di provvedere al recupero degli aiuti concessi e non dovuti.

Anche in questo caso, quindi, il giudizio complessivo non può che rimanere sospeso tra l'apprezzabile sforzo di allineare l'ordinamento interno agli indirizzi europei e la non sempre coerente applicazione delle prescrizioni adottate nel tentativo di rispondere alle pressioni provenienti dalle comunità colpite dalle collettività. Al riguardo, peraltro, è stato osservato come talvolta il governo italiano sia incorso in procedure di infrazione delle norme europee per non aver correttamente individuato le basi giuridiche mediante le quali legittimare le proprie decisioni politiche³⁷². In particolare, molti dei limiti imposti dalla normativa sul divieto di aiuti di Stato potrebbero essere superati se gli interventi deliberati non venissero inquadrati sotto la lente degli aiuti connessi a calamità naturali ma come provvedimenti atti ad "agevolare lo sviluppo di talune attività o talune regioni economiche" (art. 107, par. 3, lett. c) TFUE). Gli eventi calamitosi, infatti, determinano molte volte un impoverimento delle aree colpite che va

oltre l'entità dei danni materiali o del lucro cessante subiti dalle imprese. In questi casi, quindi, il limite del rimborso del cento per cento del pregiudizio materiale patito potrebbe non essere sufficiente a risollevarne economicamente zone così depresse. Simile obiettivo potrebbe, però, essere raggiunto non forzando le disposizioni in materia di calamità naturali, ma legittimamente sfruttando altre clausole di flessibilità previste dal sistema.

7. Emergenza e ambiente in un ordinamento multilivello: possono i poteri 'straordinari' essere strutturati in modo 'ordinario'?

Il presente lavoro ha preso spunto dalla constatazione del sempre maggiore impatto che emergenze naturali hanno sulla vita delle collettività politiche. In tale contesto, i quesiti di fondo hanno riguardato la possibilità di inquadrare in modo più preciso il concetto di emergenza ambientale e, in secondo luogo, la configurabilità di vincoli derivanti dal processo di integrazione europea.

L'analisi svolta ha dimostrato come, ad oggi, non sia ancora possibile individuare una definizione organica del concetto di emergenza ambientale. Tanto dalla legislazione nazionale, quanto dall'ordinamento europeo, non è possibile desumere indicazioni univoche. Si può forse convenire sul fatto che si debba trattare di un evento imprevisto che possa arrecare gravi danni a beni, persone e ambiente. Il quadro normativo, però, non permette di pronunciarsi in modo chiaro sul rapporto tra tali eventi ed il fattore antropico. In altri termini, non si può in modo escludere dal novero delle emergenze fenomeni originati in forza di un contributo causale rilevante da parte dell'uomo. Di conseguenza, non può che essere incerto anche il giudizio sul tema della prevedibilità degli eventi. Ancora, il

³⁷¹ Decisione (UE) 2016/195 del 14 agosto 2015.

³⁷² Cfr. *supra* nt 30

tentativo di elencazione operato dalla Commissione europea nel Regolamento 651/2014 sugli aiuti di Stato, seppur utile ai fini dell'applicazione di procedure di intervento più veloci e semplificate, non appare idoneo ad escludere dalla categoria di emergenza ambientale eventi ivi non ricompresi.

A ben vedere, però, una simile situazione di fluidità appare inevitabilmente legata alla necessità di preservare un minimo di elasticità del sistema che consenta alle sue istituzioni di poter intervenire per rispondere adeguatamente alle mutevoli necessità della collettività.

I dubbi, che inevitabilmente sorgono da tale affermazione, sul margine di sostanziale arbitrarietà che in questo modo può essere attribuito ai pubblici poteri, possono tuttavia trovare una, seppur parziale, risposta nei vincoli e garanzie procedurali che il sistema stesso prevede.

Analizzando il quadro costituzionale interno sul concetto di emergenza, si è osservato come la Carta non si pronunci in modo espresso sul concetto, ma abbia declinato il tema in alcuni ambiti specifici. In generale, all'assenza di una definizione contenutistica ha fatto da contraltare la previsione di rigorose garanzie. Invero, laddove ha previsto l'attribuzione all'esecutivo del potere di agire in forza di motivi di necessità e urgenza, il Costituente ha sempre posto come garanzia finale l'intervento del Parlamento, ritenuto unico vero detentore della sovranità del popolo. È il Parlamento, quindi, garanzia ultima che l'azione motivata da esigenze straordinarie muova nel rispetto sostanziale dei principi e valori costituzionali. In questo modo, la legge fondamentale mira a governare l'imprevedibile, rendendo 'ordinario' lo straordinario.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione alla disciplina delle emergenze ambientali in virtù

dell'interazione tra l'ordinamento italiano e quello europeo. L'analisi svolta ha rilevato come il governo nazionale abbia nel tempo cercato di ampliare il margine di discrezionalità connesso all'attivazione dei poteri straordinari conseguenti a eventi emergenziali. A fronte di questa interpretazione estensiva del dato normativo interno, tuttavia, le istituzioni europee sono costantemente intervenute per garantire, anche *ex post*, il rispetto sostanziale dei vincoli previsti dai trattati. La posizione degli organi europei ha quindi gradualmente portato il legislatore nazionale a modificare la disciplina interna, inserendo previsioni che garantiscano procedure 'ordinate' anche nella gestione degli eventi eccezionali. Ancorché alcune abitudini proprie di una prassi inveterata non siano ancora del tutto superate, bisogna rilevare come l'intervento dell'Unione europea, per quanto in alcuni aspetti discutibile e perfettibile, abbia delimitato in modo più chiaro i margini di azione dei governi nazionali anche in fattispecie caratterizzate da necessità e urgenza, contribuendo così, almeno per i campi di sua competenza, a rendere un po' più 'ordinario' lo straordinario³⁷³.

³⁷³ In senso analogo, v. A. Fioritto, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, f. 1, p. 4

L'EMERGENZA ABITATIVA DOPO IL SISMA DEL 2016.

alcuni profili critici *

Fulvia Passananti **

SOMMARIO: **1.** Il quadro normativo – **1.1.** Le vicissitudini riguardanti la dichiarazione dello stato di emergenza e le ordinanze del Capo di Dipartimento della Protezione civile – **1.2.** Brevissimi cenni sul Commissario straordinario di Governo per la ricostruzione – **2.** La risposta all'emergenza abitativa – **2.2.** Le soluzioni abitative di emergenza (S.A.E.) – **2.3.** I container – **3.** L'impatto delle S.A.E. sul territorio.

1. Il quadro normativo.

Gli eventi sismici che hanno colpito il centro Italia dall'agosto 2016, definiti dall'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia "*sequenza sismica Amatrice-Norcia-Visso*"³⁷⁴, hanno coinvolto quattro regioni, causato numerose vittime, provocato danni incommensurabili ad edifici, infrastrutture e beni materiali, distrutto centri storici e trasformato radicalmente l'aspetto dei centri abitati.

Come spesso accade dopo un disastro naturale di vaste proporzioni, si è sin da subito innescato un processo,

³⁷⁴ * Il presente lavoro costituisce una rielaborazione dell'intervento al convegno "Emergenze e tutela ambientale" tenutosi a Roma il 18 marzo 2019, presso la Sala del refettorio della Camera di deputati.

** Dottoranda in *Fundamental Rights in the Global Society* presso l'Università di Camerino.

Cfr. il sito ufficiale dell'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia.

necessariamente complesso e non lineare, che ha interessato il patrimonio umano, culturale, sociale ed economico dei territori colpiti³⁷⁵. Questo processo ha ovviamente coinvolto anche il quadro normativo di riferimento. In particolare, ad un sistema normativo ed amministrativo *ordinario*, si è progressivamente sovrapposto ed intersecato un nuovo e diverso sistema, incardinato su presupposti di necessità ed urgenza e sulla dichiarazione dello stato di emergenza e costituito da una serie di decreti-legge³⁷⁶, di ordinanze del Capo di Dipartimento della Protezione civile e di ordinanze del Commissario straordinario di Governo per la ricostruzione³⁷⁷.

1.1. Le vicissitudini riguardanti la dichiarazione dello stato di emergenza e le ordinanze del Capo di Dipartimento della Protezione civile.

Immediatamente dopo la prima scossa, in data 24 agosto 2016, con

³⁷⁵ E. VALERIANI – A. BERTELLI, *L'attività del Commissario Straordinario ed il futuro della ricostruzione del Centro Italia: una strategia sostenibile*, 2017, 8, disponibile sul sito: www.sisma2016.gov.it.

³⁷⁶ In particolare i riferimenti sono al decreto-legge 17 ottobre del 2016, n. 189, convertito con modificazioni dalla legge di conversione 15 dicembre 2016, n. 229; al decreto-legge del 9 febbraio 2017, n. 8, convertito con modificazioni dalla legge di conversione 7 aprile 2017 n. 45; agli artt. 41– 46 del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito con la legge 21 giugno 2017, n. 96; alle misure contenute nel decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, (d.l. Mezzogiorno), convertito con legge 3 agosto 2017, n. 123; alle norme contenute nel decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con legge 4 dicembre 2017, n. 172; alle misure previste nella legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018); al decreto-legge 29 maggio 2018, n. 55, convertito con modificazioni dalla legge 24 luglio 2018, n. 89 e da ultimo alle norme previste dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (d.l. sblocca cantieri).

³⁷⁷ S. SPUNTARELLI, *Normatività ed efficienza delle ordinanze emanate in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3, 2017, 3.

decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri è stato dichiarato l'eccezionale rischio di compromissione degli interessi primari dovuto agli eventi sismici verificatisi. Inizialmente il decreto si riferiva solo ai territori delle province di Rieti, Ascoli Piceno, Perugia e L'Aquila, ma, nell'arco di poche ore, è stato esteso anche alle province di Fermo e Macerata. Il contenuto di questi provvedimenti era finalizzato a fronteggiare l'emergenza in atto attraverso il coinvolgimento delle componenti e delle strutture operative del Servizio nazionale della Protezione civile.

Successivamente, con la delibera del Consiglio dei Ministri del 25 agosto 2016, è stato dichiarato lo stato di emergenza. Tuttavia, a causa delle scosse che hanno continuato a colpire anche nei mesi a seguire le Regioni Marche, Umbria, Lazio e Abruzzo, sono stati ripetutamente estesi gli effetti della dichiarazione dello stato di emergenza, prima con la delibera del Consiglio dei Ministri del 27 ottobre 2016, poi con altre due successive delibere del 31 ottobre e del 20 gennaio 2017.

A questo punto si deve far presente che all'epoca dei fatti era ancora vigente la Legge 24 febbraio 1992, n. 225, il cui art. 5, comma 1-bis, disciplinava la deliberazione dello stato di emergenza prevedendo che la durata della dichiarazione non potesse superare i 180 giorni e che fosse prorogabile per non più di ulteriori 180 giorni³⁷⁸. Infatti, dopo la prima scossa, lo stato di emergenza veniva dichiarato per 180 giorni a partire dalla data del 25 agosto 2016³⁷⁹ e,

³⁷⁸ Per un'approfondita disamina sulle criticità e sulla natura dello stato di emergenza prima dell'abrogazione della legge n. 225/1992, cfr. A. CARDONE, «La normalizzazione» dell'emergenza, Giappichelli, Torino, 2011, 164 ss.

³⁷⁹ Delibera del Consiglio dei Ministri 25 agosto 2016, pubblicata in G.U. Serie Generale n. 199 del 26 agosto 2016.

successivamente, con delibera del Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2017 è stato prontamente prorogato fino ad agosto 2017.

Dunque, in sede di conversione del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, avvenuta con legge 3 agosto 2017, n. 123, è stato aggiunto l'art. 16-sexies che ha protratto lo stato di emergenza fino al 28 febbraio 2018, precisando che «lo stato di emergenza di cui al primo periodo può essere prorogato con deliberazione del Consiglio dei ministri per un periodo massimo ulteriore di centottanta giorni». Quindi, in data 22 febbraio 2018, il Consiglio dei Ministri ha deliberato la proroga dello stato di emergenza fino ad agosto 2018.

Nel febbraio 2018 è entrato in vigore il decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, recante il *Codice della protezione civile*, che ha apportato significative modifiche alla disciplina sul Servizio nazionale abrogando la già citata legge n. 225/1992³⁸⁰. In particolare, rispetto alla normativa previgente, il legislatore ha aumentato la durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale che ora, in base all'art. 24, comma 3, non può «superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi»³⁸¹. È stato anche modificato il procedimento di deliberazione suddividendolo in due fasi. La prima fase

³⁸⁰ U. ALLEGRETTI, *Il Codice della Protezione civile*, in *Aedon*, fasc. 1, 2018, 1 ss.

³⁸¹ Si tenga presente che la disciplina sullo stato di emergenza prevista dalla legge n. 225/1992 aveva già subito rilevanti modifiche rispetto alla formulazione originaria, inizialmente infatti era stato aggiunto all'art. 5 il comma 1-bis dalla legge di conversione 12 luglio 2012, n. 100, secondo cui lo stato di emergenza poteva essere dichiarato di regola per 90 giorni, prorogabili o rinnovabili per non più di ulteriori 60; successivamente, il decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, ha prolungato la durata fino a 180 giorni, estendibili ad ulteriori 180 giorni.

prevede una valutazione da parte del Dipartimento della Protezione civile destinata a verificare la presenza dei requisiti necessari a qualificare l'emergenza come di rilievo nazionale ed a cui segue la deliberazione dello stato di emergenza. Nella seconda fase invece il Dipartimento di protezione civile, le Regioni e le Province autonome interessate, di concerto, effettuano una stima dell'effettivo impatto dell'evento calamitoso, sulla base di una relazione del Capo del Dipartimento della Protezione civile ed il Consiglio dei Ministri individua ulteriori risorse necessarie per fronteggiare l'emergenza³⁸².

Dunque, il decreto-legge 29 maggio 2018, n. 55, convertito con legge 24 luglio 2018, n. 89, all'art. 1, comma 4-bis, ha disposto la proroga dello stato di emergenza fino al 31 dicembre 2018 evidenziando, in coda a detto comma, che «*in deroga alle previsioni di cui all'art. 24, comma 3, del codice della protezione civile, di cui al decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, lo stato di emergenza di cui al presente comma può essere prorogato con deliberazione del Consiglio dei ministri per un periodo complessivo di ulteriori dodici mesi*». È quindi intervenuta la legge 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2018) che, all'articolo 1, comma 988, ha disposto che lo stato di emergenza venga protratto fino al 31 dicembre 2019 e, al successivo comma 990, ha prorogato fino al 2020 la struttura commissariale.

Come può facilmente intuirsi, la dichiarazione e la permanenza dello stato di emergenza sono passaggi indispensabili affinché possano essere adottate le

³⁸² Sul punto, S. AUGUSTO – G. BERNABEI – C. TOMMASI, *Il nuovo Codice della Protezione civile: il difficile rapporto tra continuità e innovazione*, in *Studium iuris*, fasc. 10, 2018, 1132.

ordinanze dal Capo di Dipartimento di Protezione civile. Infatti, il sistema costituito da questa fitta rete di ordinanze, anche derogatorie della disciplina vigente³⁸³ ma sempre nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico³⁸⁴, trova la sua ragion d'essere proprio nello stato di emergenza la cui dichiarazione, in teoria, dovrebbe avere una durata massima. Lo stato di emergenza post-sisma però, come osservato, è oggetto di numerose e ripetute proroghe che si ripercuotono direttamente sui limiti all'efficacia temporale delle ordinanze *extra ordinem*³⁸⁵. Il rischio relativo a questa prassi infatti è quello di alterare il carattere provvisorio dello stato di emergenza³⁸⁶. Qualora venisse a mancare questo carattere, l'impianto di ordinanze emergenziali che, come visto, si

³⁸³ S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 15 ss., conduce un interessante lavoro di sistematizzazione tipologica delle ordinanze adottate in occasione del sisma e legata ai contenuti nonchè agli effetti giuridici da esse prodotte in relazione all'ordinamento giuridico.

³⁸⁴ Sul punto cfr., V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubblica*, fasc. 2, 2007, 380.

³⁸⁵ S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in ID. (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2006, 659, definisce il fenomeno come «stabilizzazione dell'emergenza»; sul punto anche A. CARDONE, *op. cit.*, 218 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. Pubblica*, 2009, 332 ss., descrive un vero e proprio «sistema parallelo»; nonchè F. BIONDI DAL MONTE, *La politica della perenne emergenza e i poteri extra ordinem del Governo*, in M. CARTABIA – E. LAMARQUE – P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Giappichelli, Torino, 2011, 229 ss.

³⁸⁶ F. BIONDI DAL MONTE, *op. cit.*, 236, ritiene che «se il fenomeno emergenziale perde il carattere della temporaneità, esso diventa parte dell'ordinario svolgersi quotidiano, e quindi non più situazione imprevista o imprevedibile, ma aspetto modificativo dello stesso contesto in cui si è inserito, ed in quanto tale doverosamente disciplinabile con misure di carattere strutturale, riconducibili al circuito democratico della rappresentanza e al sistema dei *checks and balances* che caratterizza i rapporti tra i vari poteri dello stato».

sovrappone al diritto ordinario vigente, rischierebbe di diventare un sistema di deroghe tendenzialmente permanenti nell'ordinamento, a quel punto più vicino a norme speciali piuttosto che a sospensioni e deroghe³⁸⁷.

Dal 2016 ad oggi sono state adottate e pubblicate in Gazzetta Ufficiale circa trenta ordinanze del Capo di Dipartimento di Protezione civile relative al sisma del centro Italia: la prima è la n. 388 del 26 agosto 2016 mentre l'ultima è la n. 591 del 24 aprile 2019³⁸⁸.

1.2. Brevissimi cenni sul Commissario straordinario di Governo per la ricostruzione.

A distanza di poche settimane dalle prime e gravi scosse di agosto 2016, il Governo ha deciso di nominare con il d.p.r. 9 settembre 2016, un Commissario straordinario per la ricostruzione, ai sensi dell'art. 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400. Come prontamente osservato in dottrina, questa figura «complica il quadro della gestione e amministrazione dell'emergenza attraverso la previsione di una struttura e organizzazione specifica che si affianca a quelle previste in via generale dalla legge sulla Protezione civile»³⁸⁹.

³⁸⁷ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008, 64.

³⁸⁸ Le ordinanze del Capo di Dipartimento della Protezione civile sono reperibili al link: <http://www.protezionecivile.gov.it/amministrazione-trasparente/provvedimenti/-/content-view/filter/42371-monolist>; consultato, da ultimo, in data 25.9.2019.

³⁸⁹ Testualmente, S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 3; sul punto cfr. anche G. MANCINI PALAMONI, *La governance dell'emergenza causata dalla sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso: il principio di unitarietà e i dubbi sull'efficienza del modello commissariale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, fasc. 6, 2017, 91 ss.

Ad oggi le ordinanze adottate dal Commissario straordinario per la ricostruzione sono ottantaquattro³⁹⁰.

2. La risposta all'emergenza abitativa.

Nelle aree maggiormente colpite dal sisma le abitazioni di gran parte della popolazione sono state distrutte, gravemente danneggiate o rese non agibili, generando in numerosi Comuni una grave emergenza abitativa.

Per fornire un'assistenza immediata dopo la prima violenta scossa, la Protezione civile ha subito allestito alcune aree di ricovero dove sono state installate le tende. Nei mesi successivi, a causa dell'arrivo dell'inverno e delle ulteriori scosse di ottobre 2016 che hanno aggravato l'emergenza abitativa, si è deciso di predisporre i campi per container ad uso abitativo destinati sempre all'accoglienza a breve termine. Sin dalla prima fase di emergenza sono stati anche predisposti i moduli abitativi provvisori rurali (MAPRE), pensati quale soluzione temporanea per gli allevatori delle zone colpite³⁹¹.

Di pari passo alla decisione di dismettere le aree di accoglienza in tenda³⁹², l'Ocdpc n. 394 del 2016 ha disposto che, per l'assistenza transitoria, le Regioni, in raccordo con i Comuni, possono garantire assistenza anche attraverso l'ospitalità presso strutture pubbliche. Inoltre, per coloro i quali

³⁹⁰ Tutte le ordinanze del Commissario straordinario sono reperibili sul sito www.sisma2016.gov.it, consultato, da ultimo, in data 25.9.2019.

³⁹¹ I MAPRE sono disciplinati dalle Ocdpc n. 339 e n. 415 del 2016.

³⁹² La nota del coordinatore del DiComaC che prevede la dismissione delle aree di accoglienza è del 26 settembre 2016 ed è reperibile al seguente link: http://www.protezionecivile.gov.it/jcms/it/view_prov_wp?contentId=LEG59852.

hanno provveduto a trovare un alloggio autonomamente è garantito il Contributo Autonoma Sistemazione (C.A.S.), destinato quindi ai privati la cui abitazione principale, abituale e continuativa sia stata distrutta, in tutto in parte, ovvero sia inagibile³⁹³. Per gli sfollati che non hanno optato per il C.A.S. è stata invece prevista l'ospitalità in strutture alberghiere in attesa della realizzazione delle soluzioni abitative di emergenza. Inoltre, sia l'Ocdpc 394 del 2016 sia poi il decreto-legge n. 189/2016, hanno consentito «l'utilizzo di abitazioni sfitte e seconde case, previ accordi con i proprietari»³⁹⁴.

Parte della popolazione sfollata ha anche avuto assistenza nelle strutture antisismiche (principalmente Moduli abitativi provvisori - MAP e Complessi Antisismici Sostenibili ed Ecocompatibili - CASE) disponibili e realizzate successivamente al sisma in Abruzzo del 2009 ed a quello ancor precedente in Umbria del 1997³⁹⁵.

Infine, particolarmente interessante è quanto previsto più di recente dall'art. 14 del decreto-legge 9 febbraio 2017, n. 8³⁹⁶, che consente alle Regioni coinvolte nel sisma, sentiti i Comuni interessati, di acquistare a titolo oneroso al patrimonio

³⁹³ In particolare, il C.A.S. è stato introdotto con le Ocdpc n. 388 e 408 del 2016; A. D'ANGELO – C. DELLA VALLE – A. FRANCHINA – D. OLORI, *Cronache di un esodo. Abitare provvisorio e dispositivi di displacement nel post-disastro dell'Appennino centrale*, in E. DI TREVIRI, *Sul fronte del sisma*, DOC(K)S, Roma, 2018, 37 ss., evidenziano come il C.A.S. si sia costituito nella maggior parte dei casi come un veicolo di abbandono delle zone terremotate, incrementando il processo di spopolamento.

³⁹⁴ Art. 4 dell'Ocdpc n. 394 del 2016.

³⁹⁵ Cfr. Senato della Repubblica – Ufficio Valutazione impatto, *Ricostruire, L'Aquila, Pianura padana, Centro Italia: politiche e risorse per l'Italia post terremoto*, Documento di analisi n. 21, 2018, 95 ss., accessibile al seguente link: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01074698.pdf>.

³⁹⁶ Il decreto-legge 9 febbraio 2017, n. 8, è stato convertito con la legge di conversione 7 aprile 2017, n. 45.

dell'edilizia pubblica, unità immobiliari agibili o rese agibili dal proprietario e da destinare temporaneamente agli sfollati in alternativa alle soluzioni abitative di emergenza.

2.2. Le soluzioni abitative di emergenza (S.A.E.).

Le soluzioni abitative di emergenza (S.A.E.) sono strutture prefabbricate e costituite da moduli in acciaio da 40, 60 e 80 metri quadri. Si tratta di soluzioni abitative antisismiche e a risparmio energetico, considerate adatte ad ogni condizione climatica e pensate per alloggiare nel medio-lungo periodo la popolazione sfollata.

Le vicende e le criticità che riguardano la costruzione delle S.A.E., conosciute anche come *casette*³⁹⁷, rappresentano un buon punto di partenza per elaborare qualche considerazione generale sulla gestione dell'emergenza e sul suo impatto sul territorio.

Preliminarmente è opportuno evidenziare che il cratere sismico si estende attraverso centoquaranta Comuni situati in zone eterogenee, che vanno dalle fasce collinari alla costa, ma con una prevalenza in aree montane. Infatti il primo cratere, quello individuato immediatamente dopo la scossa del 24

³⁹⁷ *terremoto*, Cromo, Ascoli Piceno, 2018, 52, osserva che «la post-narrazione chiama le “casette” in altro modo, forse per dissimulare la *diminutio* insita nel termine rispetto ad una casa “vera”, e dunque le casette 2.0 si chiamano S.A.E. (Soluzioni Abitative d’Emergenza), in omaggio all’era degli acronimi. Non sfuggirà la contraddizione insita nel terzo termine dell’acronimo – Emergenza – per strutture che con tutta probabilità, quando saranno disponibili (comunque dopo il termine della fase “emergenziale”), saranno per molti anni dimora stabile per gli abitanti che vi risiederanno. Dunque il termine (e l’oggetto) riprende la centralità dovuta tenendo conto del fatto che in ogni caso probabilmente le S.A.E. verranno chiamate “casette”».

agosto 2016, secondo i dati forniti dall'ISTAT, si caratterizza per la presenza di numerosi Comuni di piccole dimensioni collocati nel territorio montuoso, scarsamente accessibili a causa della limitata presenza di infrastrutture ferroviarie e stradali, aventi una densità abitativa particolarmente bassa composta per lo più da anziani, e con un mercato del lavoro, viste le difficoltà di spostamento, prevalentemente locale ³⁹⁸.

Dunque, tenuto conto anche delle precedenti esperienze relative ai terremoti del Friuli nel 1976 e dell'Abruzzo nel 2009 ³⁹⁹, si è scelto di predisporre *insediamenti provvisori* volti alla ricomposizione delle *unità di vicinato*⁴⁰⁰, che consentano agli sfollati di rimanere sul territorio. Questa strategia mira ad arginare il fenomeno dell'abbandono delle zone disagiate, rallentando anche lo spopolamento in atto dalle aree montane a favore della costa⁴⁰¹ e, di conseguenza, incentivando il lento e

faticoso processo di ricostruzione⁴⁰². Si tenga presente che nelle località montane del centro Italia lo spopolamento è un fenomeno ormai consolidato da tempo ma acuitosi in modo particolare dopo gli eventi tellurici del 2016 ⁴⁰³.

Per tali ragioni le scelte urbanistiche ⁴⁰⁴ e, più in generale, quelle che riguardano la costruzione delle S.A.E., anche se adottate in una fase di emergenza, dovrebbero essere il frutto di un'attenta ponderazione che tenga necessariamente conto delle specificità del territorio e della popolazione che vi abita⁴⁰⁵. Ciò può realizzarsi solo attraverso una concreta partecipazione delle amministrazioni locali e della stessa popolazione coinvolta negli eventi sismici ⁴⁰⁶.

³⁹⁸ Ciò è quanto emerge dai dati ISTAT relativi alle caratteristiche dei territori colpiti dal sisma del 24 agosto 2016, pubblicati sul sito: www.istat.it.

³⁹⁹ G. BARRA – A. MARZO – S. OLCUIRE – D. OLORI, *Non è dolce vivere qua. Genesi e ricadute territoriali delle Soluzioni Abitative d'Emergenza*, in E. DI TREVIRI, *Sul fronte del sisma*, DOC(K)S, Roma, 2018, 113, evidenzia come le S.A.E. non siano una novità assoluta dei terremoti del 2016 e 2017 e ripercorre, offrendo un *excursus* storico, le risposte abitative in emergenza.

⁴⁰⁰ M. BERTAGNIN, *Ricostruire dopo il trauma del sisma Il modello o meglio l'esperienza-Friuli, la ricostruzione possibile e altro ancora*, in R. BOMBI – V. ORIOLES (a cura di), *Nuovi valori dell'italianità nel mondo. Tra identità e imprenditorialità*, Forum, Udine, 2011, 73 ss., con riferimento al terremoto del Friuli sottolinea come «il fatto di poter mantenere il più possibile i tradizionali rapporti di vicinato e allo stesso tempo di poter verificare de visu il procedere dei lavori di riparazione e/o ricostruzione della propria casa e del proprio borgo ha certamente influito positivamente sugli abitanti contribuendo enormemente al progressivo ristabilimento degli equilibri alterati dal trauma dell'evento sismico».

⁴⁰¹ Si vedano i dati raccolti per il movimento “Terre in moto”, reperibili al seguente link: <https://terreinmotomarche.blogspot.com/2018/10/lo-spopolamento-nellarea-del-sisma-cosa.html>.

⁴⁰² La partecipazione della popolazione nella ricostruzione e, quindi, la sua permanenza nelle aree terremotate, è un punto fondamentale che emerge anche nella Carta internazionale per la salvaguardia delle città storiche del 1987; la Carta, al punto 3 dei principi e obiettivi sancisce che «la partecipazione ed il coinvolgimento degli abitanti di tutta la città sono indispensabili al successo della salvaguardia. Essi devono, dunque, essere ricercati in ogni circostanza e favoriti dalla necessaria presa di coscienza di tutte le generazioni. Non bisogna mai dimenticare che la salvaguardia delle città e dei quartieri storici concerne in primo luogo i loro abitanti».

⁴⁰³ Come emerge dalle analisi effettuate dal Gruppo di ricerca T3, *Lo spettro dello spopolamento dopo il terremoto: un fantasma in carne ed ossa nelle Marche*, consultabile sul sito www.lostatodellecoese.com.

⁴⁰⁴ Cfr. G. J. FRISH, *L'Aquila: il trionfo dell'urbanistica d'emergenza*, in *Dem. Dir.*, 1, 2009, 117 ss.

⁴⁰⁵ Cfr. F. SPANICCIATI, *La ricostruzione nei decreti per il terremoto 2016*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 5, 651; nonché F. SPANICCIATI, *Emergenza sisma e nuovi strumenti decisionali: la pianificazione delle zone colpite dai terremoti 2016 – 2017*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 3, 32.

⁴⁰⁶ Sul punto, con riferimento al sisma occorso in Abruzzo del 2009, G. FORINO, *Riflessioni geografiche sul disaster management all'Aquila*, in *Semestrale di Studi e Ricerche di Geografia*, 1, 2012, 93; nonché S. NESPOR – P. BRAMBILLA, *Rischio e danni da catastrofe: i compiti dello Stato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 5, 621, evidenziano come spesso, anche nella ricostruzione, gli interventi pubblici confliggono con gli ordinari meccanismi decisionali democratici e partecipativi.

Proprio per questo, con riguardo però all'attività di ricostruzione, assume particolare importanza l'ordinanza n. 36 dell'8 settembre 2017 del Commissario straordinario del Governo per la ricostruzione con cui si sono disciplinate le modalità di partecipazione delle popolazioni dei territori interessati dagli eventi sismici⁴⁰⁷. L'ordinanza individua sin dal primo articolo i principi generali in materia di partecipazione, stabilendo che l'attività di ricostruzione deve realizzarsi proprio «attraverso l'analisi delle potenzialità dei territori e delle singole filiere produttive esistenti attraverso modalità di ascolto e consultazione» delle popolazioni dei Comuni interessati dal sisma, nonché delle loro associazioni o organismi di partecipazione popolare costituiti per la tutela di interessi diffusi⁴⁰⁸. Nei successivi articoli sono poi illustrate le modalità di partecipazione della popolazione ai comitati istituzionali⁴⁰⁹, alle attività della Conferenza permanente e delle Conferenze regionali⁴¹⁰ ma soprattutto alla predisposizione degli strumenti urbanistici attuativi, alla pianificazione urbanistica ed alle misure in materia di pianificazione e sviluppo territoriale.

⁴⁰⁷ L'ordinanza del Commissario straordinario n. 36 dell'8 settembre 2017, oltre a disciplinare le modalità di partecipazione delle popolazioni dei territori colpiti, ha anche modificato le precedenti ordinanze n. 4 del 17 novembre 2016, n. 9 del 14 dicembre 2016, n. 12 del 9 gennaio 2017, n. 13 del 9 gennaio 2017, n. 27 del 9 giugno 2017, n. 29 del 9 giugno 2017 e n. 30 del 21 giugno 2017 ed ha previsto le misure attuative dell'art. 18-*decies* del decreto-legge 9 febbraio 2017, n. 8, convertito con modificazioni dalla legge 7 aprile 2017, n. 45.

⁴⁰⁸ Cfr. art. 1 dell'ordinanza del Commissario straordinario n. 36 dell'8 settembre 2017.

⁴⁰⁹ Il Comitato istituzionale è disciplinato dall'art. 1, comma 5, del decreto-legge n. 189/2016 e successive modifiche e integrazioni.

⁴¹⁰ La Conferenza permanente e le Conferenze regionali sono disciplinate dall'art. 16 del decreto-legge n. 189/2016 e successive modifiche e integrazioni.

Tuttavia, nella gestione di questa emergenza abitativa ed in particolare nella costruzione delle S.A.E., è invece emersa una scarsa considerazione per le realtà specifiche del territorio. Difatti alcune *casette* edificate nelle aree montane hanno presentato sin da subito caratteristiche poco idonee alle condizioni e temperature su cui insistono. Dalla cronaca locale si apprende che ad Amatrice e Accumoli erano state montate S.A.E. le cui porte d'ingresso si aprivano verso l'esterno, non tenendo quindi conto che d'inverno la neve avrebbe potuto impedirne l'apertura. Stesse considerazioni possono farsi in relazione alla scelta di posizionare boiler e tubature non coibentate all'esterno. Probabilmente in fase progettuale l'intenzione era quella di offrire uno spazio più ampio all'interno dell'abitazione, nella realtà però, i boiler sono esplosi e le tubature si sono ghiacciate non appena le temperature sono scese sotto lo zero. I mezzi di informazione riportano poi notizie di S.A.E. con infiltrazioni d'acqua, comignoli troppo corti ed infestazioni di muffe e funghi.

Orbene, la scarsa considerazione per le peculiarità del territorio potrebbe però essere il riflesso di una scelta operata dal Dipartimento di Protezione civile. Quest'ultimo, servendosi della Consip S.p.A., aveva infatti indetto una gara centralizzata *in tempo di pace*, volta alla conclusione di un accordo quadro per la fornitura, il trasporto, il montaggio delle soluzioni abitative di emergenza e dei servizi ad esse connessi. In particolare si sono svolte due edizioni della gara in questione, la prima, indetta nel 2013 e avente quale base complessiva d'asta 684 milioni di euro, era andata tecnicamente

deserta⁴¹¹ mentre la seconda⁴¹², avviata nel 2014, si è conclusa con l'aggiudicazione nel 2015 e ha previsto come base d'asta l'importo di 1 miliardo e 188 milioni di euro.

La prima versione del bando prevedeva che ciascun lotto merceologico fosse individuato attraverso tre specifiche tipologie costruttive: struttura portante in legno, in calcestruzzo prefabbricato o in altro materiale. Quindi, ogni fornitore poteva concorrere ad una o più delle tipologie indicate e tale suddivisione avrebbe comportato tre distinte graduatorie nonché tre differenti accordi quadro. Nella seconda versione del bando di gara invece, probabilmente per favorire la partecipazione dei concorrenti, si è voluto dividere il territorio in tre lotti basando la differenziazione sulla localizzazione geografica e non più sulle caratteristiche merceologiche delle S.A.E..

La gara aggiudicata nel 2015, come formulata, ha quindi favorito la progettazione da parte dei fornitori di un unico modello di soluzione abitativa, che comunque, in teoria, si sarebbe dovuto adattare ad ogni insediamento, altitudine e territorio⁴¹³. Di conseguenza ai concorrenti è stata concessa ampia scelta nella tipologia strutturale delle S.A.E.⁴¹⁴.

⁴¹¹ La relativa documentazione è disponibile sul sito della Consip S.p.A.

⁴¹² Il bando è stato pubblicato in G.U. Quinta Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 42 dell'11 aprile 2014.

⁴¹³ A tal proposito risulta particolarmente interessante l'interrogazione a risposta immediata svolta nella seduta n. 901 del 20 dicembre 2017 presso la Camera dei Deputati, promossa da alcuni deputati nei confronti della Ministra per i Rapporti con il Parlamento Anna Finocchiaro, il cui resoconto stenografico è consultabile al seguente link: <http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0901&tipo=stenografico>

⁴¹⁴ G. BARRA – A. MARZO – S. OLCUIRE – D. OLORI, *op. cit.*, 117, sottolineano come la precedente gara prevedeva la suddivisione in tre lotti merceologici, distinti in base alla tipologia delle abitazioni: con struttura portante in legno, prefabbricato o altri materiali, ed alle loro dimensioni; cfr.

In tal modo però l'amministrazione è stata sostanzialmente privata di quanto invece le era stato originariamente riservato dalla prima versione del bando, ossia della facoltà di scegliere, discrezionalmente ed insindacabilmente, la tipologia costruttiva da impiegare al verificarsi dell'evento sismico.

Indubbiamente la scelta del Dipartimento di Protezione civile di indire una gara *in tempo di pace* ha garantito maggior trasparenza nell'esecuzione della stessa, che infatti si è potuta svolgere secondo l'*iter* ordinario. Tale modalità d'intervento ha poi soddisfatto le esigenze di legalità che sono state particolarmente sentite a partire dallo scorso decennio⁴¹⁵. Inoltre, nella visione del Dipartimento di Protezione civile, concludere preventivamente un accordo quadro sulla fornitura delle S.A.E., avrebbe potuto assicurare maggior rapidità di intervento⁴¹⁶. Tuttavia, mancando una

anche il capitolato tecnico, allegato 5 alla seconda edizione del bando, in base al quale si prevede che la struttura portante delle S.A.E. potrà essere realizzata in qualunque materiale scelto dal fornitore che ne consenta il completamento nel rispetto dei tempi previsti dal capitolato stesso; lo stesso è ribadito nell'accordo quadro al punto 11, consultabile al link: http://www.protezionecivile.gov.it/resources/cms/documents/contratto_1239_CNS.pdf

⁴¹⁵ A. FIORITTO, *op. cit.*, 473, si riferisce in particolare alla gestione dei grandi eventi, un tempo affidati alla Protezione civile, nonché agli innumerevoli ricorsi ai commissari straordinari, ed evidenzia la tendenza ad assimilare a situazioni di emergenza anche casi non scaturenti da circostanze impreviste o imprevedibili, dunque ad ampliare le ipotesi in cui al Governo era consentito l'esercizio del potere derogatorio

⁴¹⁶ Sul dossier relativo alle S.A.E. e disponibile sul sito ufficiale della Protezione civile si legge che «L'idea di prevedere contratti o accordi-quadro da attivare solo al verificarsi di situazioni di emergenza nasce dalla convinzione che prevenzione significhi anche preparare "in tempo di pace" ciò che servirà ad affrontare le emergenze future. Nello specifico, grazie all'accordo quadro per le soluzioni abitative in emergenza si rende più rapida e trasparente la risposta alle esigenze di approvvigionamento che sorgono quando si verificano calamità»; con riguardo alle case provvisorie, M. BENNICELLI PASQUALIS, *Case temporanee*, FrancoAngeli, Milano, 2014, 119, ritiene che per fornire alloggi di emergenza che siano innovativi ed efficienti, è indispensabile delineare un

visione d'insieme, lo svolgimento della gara in assenza di un'emergenza in atto ha parzialmente sacrificato l'efficienza dell'intervento. Difatti, sia il bando sia l'accordo quadro si sono rivelati avulsi dal reale contesto emergenziale e quindi incapaci di soddisfare le specifiche esigenze di un territorio così eterogeneo come quello del centro Italia. Dunque è evidente che operare nell'ambito di un piano di gestione dell'emergenza⁴¹⁷ ed avere contezza della stessa, sia fondamentale per poter intervenire efficientemente⁴¹⁸.

In ogni caso, l'iter per installare le *casette* si è rivelato più lungo e complicato del previsto⁴¹⁹. Infatti le difficoltà si sono manifestate sin dalla prima fase del procedimento di produzione e installazione delle S.A.E.⁴²⁰. In particolare ai Comuni era affidato il compito di quantificare il fabbisogno ed elaborare una proposta di individuazione delle aree per il posizionamento delle *casette*. La Regione, previo espletamento

delle necessarie verifiche, avrebbe poi dovuto dichiarare le aree idonee⁴²¹. In questa fase, la scarsa pianificazione preventiva di zone preposte agli alloggi transitori in caso di calamità⁴²² ha indubbiamente influito sui tempi. In alcuni casi addirittura le aree individuate non risultavano sufficienti perché il parametro fornito, basato sul rapporto mq/S.A.E., non era adeguato al territorio montano che di frequente non consente l'utilizzazione dell'intera superficie occupata⁴²³. Ciò ha comportato una dilazione dei termini e la necessità di integrare con altri territori. Comunque, anche dopo l'avvenuta approvazione dei siti, l'elevato rischio idrogeologico delle zone ha spesso reso necessari consistenti interventi per la realizzazione delle opere di urbanizzazione e fondazioni.

Inoltre, nella sua totalità il procedimento si è rivelato particolarmente farraginoso dal momento che ha coinvolto una moltitudine di attori⁴²⁴ tra cui le amministrazioni, i fornitori delle S.A.E. e gli operatori incaricati della realizzazione delle opere di urbanizzazione e fondazioni ed individuati dalle Regioni⁴²⁵. Infatti,

⁴²¹ L'Ocdpc n. 394 del 2016, la sesta ordinanza adottata dopo la scossa del 24 agosto, individua come soggetti attuatori per la realizzazione delle S.A.E. le quattro Regioni coinvolte, disponendo che le stesse si occupino dell'esecuzione delle attività preliminari all'insediamento delle casette e alle opere di urbanizzazione, mentre i Comuni provvedano alla ricognizione dei fabbisogni del proprio territorio e propongano le aree di installazione.

⁴²² Come emerge dal dossier a cura di Legambiente "Lo stato di avanzamento dei lavori nelle aree colpite dal sisma", pubblicato e disponibile sul sito ufficiale di Legambiente.

⁴²³ Come evidenziato nel Documento di economia e finanza regionale per gli anni 2018-2020 – "DEFRA Marche 2018-2020", disponibile sul sito: www.consiglio.marche.it.

⁴²⁴ Sul punto cfr. la testimonianza di S. PIROZZI, *La scossa dello scarpone. Anatomia di una passione sociale*, Armando Editore, Roma, 2017, 23 ss.

⁴²⁵ A riguardo, il decreto-legge n. 8/2017 prevede una deroga anche del Codice degli appalti e delle concessioni per l'affidamento delle opere di urbanizzazione connesse alla realizzazione delle S.A.E., sul punto si veda l'approfondimento

procedimento per la loro realizzazione, in particolare l'autrice suggerisce di: 1) intervenire sul vuoto normativo per quanto riguarda gli standard edilizi definiti dal DM 1975 e riferibili agli alloggi temporanei; 2) istituzione di una struttura tecnica della Protezione civile che, in tempo di pace si dedichi alla messa a punto ed al continuo aggiornamento del metodo; 3) definizione delle procedure di tutto il processo edilizio in caso di strutture residenziali temporanee.

⁴¹⁷ G. BARRA – A. MARZO – S. OLCUIRE – D. OLORI, *op. cit.*, 116 ss.

⁴¹⁸ S. SPUNTARELLI, *op. cit.*, 19, con riguardo alle ordinanze di Protezione civile, specifica come l'effetto di ritorno alla legalità rischia di fallire nell'operare con prontezza, evidenzia quindi un prevalere della legalità sull'efficienza e conclude riflettendo che, nel momento in cui scrive, sono appena iniziati i lavori di allestimento e predisposizione delle aree destinate ad accogliere le S.A.E.

⁴¹⁹ Lo stato di avanzamento dei lavori è consultabile al link: http://www.protezionecivile.gov.it/jcms/en/view_dossier.wp?contentId=DOS63607

⁴²⁰ L'iter procedurale è descritto nel capitolato tecnico, allegato n. 5, del bando relativo alla fornitura, trasporto e montaggio delle S.A.E.

l'accordo quadro voluto dal Dipartimento di Protezione civile comprendeva solo fornitura, trasporto e montaggio delle S.A.E. e non anche tutti gli lavori ad esse connessi. Proprio il coinvolgimento di più soggetti ha portato con sé una generale difficoltà nell'attribuzione delle relative responsabilità nonché l'ovvia necessità di instaurare un continuo e non sempre facile dialogo.

Sempre dall'analisi dell'iter procedimentale di costruzione delle S.A.E., si nota uno scarso coinvolgimento sia dei Comuni sia della popolazione⁴²⁶. Difatti ai Comuni viene assegnato solo il compito di individuare e proporre le aree destinate alle S.A.E., nonché di approvare i progetti urbanistici ed esecutivi interamente realizzati dal fornitore⁴²⁷.

2.3. I container.

Se dunque il Dipartimento di Protezione civile ha preventivamente bandito una gara per la conclusione di un accordo quadro relativo alla fornitura delle S.A.E., non lo ha fatto anche per il

noleggio dei container ad uso abitativo⁴²⁸, cosa che invece sarebbe stata particolarmente vantaggiosa, dal momento che si può far ricorso a queste strutture in tempi sicuramente più brevi rispetto a quelli richiesti per la costruzione delle *casette*. Infatti, nel sisma del 2016 è stato impossibile attuare il programma che voleva il passaggio diretto *dalle tende alle case*. Dopo le violente scosse di agosto e ottobre del 2016, l'inverno era alle porte ed installare i container si presentava come l'unica soluzione, in attesa delle S.A.E., per garantire una sistemazione a coloro che non potevano lasciare il territorio per trovare assistenza nelle strutture alberghiere⁴²⁹.

Quindi, per il noleggio dei container ad uso abitativo, sulla base del decreto-legge 11 novembre 2015, n. 205⁴³⁰ e

⁴²⁸ A tal proposito si consulti l'Ocdpc n. 406 del 2016 con cui si prevedono una serie di deroghe, anche al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in considerazione dell'estrema urgenza delle forniture di strutture e moduli abitativi provvisori – container, nonché l'Ocdpc n. 414 del 2016 con cui si autorizzano i soggetti legittimati a procedere in deroga al decreto del Ministero della sanità del 5 luglio 1975 per garantire la celere realizzazione dei container.

⁴²⁹ Dal dossier "Terremoto Centro Italia: i container per l'accoglienza di breve termine" pubblicato sul sito www.protezionecivile.gov.it, si legge infatti che «dopo la scossa di magnitudo 6.5 che il 30 ottobre ha nuovamente colpito le Regioni Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo si è lavorato, in raccordo con le amministrazioni locali, a individuare una soluzione rapida per accogliere i cittadini dei Comuni colpiti. Anche in vista dell'inverno, si è infatti scelto di non allestire campi di accoglienza attendati, come invece era stato fatto dopo il 24 agosto. I cittadini che non possono allontanarsi dal Comune di residenza saranno ospitati in aree allestite con container a uso abitativo, container a uso ufficio e zone di servizio. I cittadini possono usufruire di queste sistemazioni temporanee fino al rientro nelle loro case (se agibili o rese agibili grazie a piccoli interventi) o fino all'assegnazione di una Soluzione abitativa in emergenza (se la loro casa è inagibile o in zona rossa). I container saranno, quindi, rimossi al cessare delle esigenze».

⁴³⁰ Il decreto-legge è entrato in vigore l'11 novembre 2016 ma è decaduto per mancata conversione, tuttavia l'art. 1, comma 2, della legge n. 229/2016 ha fatto salvi gli atti e provvedimenti

di G. MANCINI PALAMONI, *Le opere di urbanizzazione connesse alla realizzazione delle strutture di emergenza*, 2017, disponibile sul sito: www.officina2630.it.

⁴²⁶ Sull'importanza del dibattito pubblico cfr. S. SPUNTARELLI, *Diritto amministrativo in emergenza e dibattito pubblico: l'amministrazione partecipata come risposta alla sfiducia dei cittadini*, 2017, disponibile su <http://www.officina2630.it/>.

⁴²⁷ G. BARRA – A. MARZO – S. OLCUIRE – D. OLORI, *op. cit.*, 126; inoltre questo emerge anche dalla Circolare del Capo di Dipartimento della Protezione civile del 16 gennaio 2017, prot. 3179, contenente indicazioni relative alle opere di urbanizzazione e agli interventi connessi alla realizzazione delle aree per le S.A.E., secondo cui: «Il capitolato tecnico, parte integrante degli accordi quadro prevede, tra l'altro, che è onere del fornitore delle S.A.E. elaborare il layout degli insediamenti nelle aree individuate dalle Regioni d'intesa con i Comuni interessati e, una volta approvati dagli stessi Comuni, progettare le relative opere di urbanizzazione. Le Regioni approvano, quindi, i progetti esecutivi che vengono posti a base di gara per affidare le opere».

dell'Ocdpc n. 408 del 2016, il Dipartimento di Protezione civile ha potuto avviare tramite Consip S.p.A. una procedura d'urgenza. In particolare è stato pubblicato un primo bando per la conclusione di detta procedura negoziata il 12 novembre 2016, aggiudicata in data 17 novembre⁴³¹. Dopo tre giorni è stata pubblicata una seconda edizione del bando, ma la gara è andata deserta⁴³². Infine, si è resa indispensabile la pubblicazione di una terza edizione del bando il 28 novembre 2016, aggiudicato il 2 dicembre dello stesso anno⁴³³.

Si tenga presente che il Dipartimento di Protezione civile aveva effettivamente avviato una procedura preventiva per la conclusione di un accordo quadro, con più

adottati, gli effetti prodotti e i rapporti giuridici sorti sulla base di esso.

⁴³¹ La documentazione relativa alla gara è reperibile sul sito: <http://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/procedura-negoziata-allestimento-delle-aree-di-accoglienza-della-popolazione-interessata-dagli-eventi-sismici>; cfr. il decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189 coordinato con il decreto-legge 16 ottobre 2017 n. 148, convertito con la legge 4 dicembre 2017, n. 172, che, all'art. 4-bis reca disposizioni in materia di strutture e moduli abitativi provvisori, e al punto 5 prevede che «Le procedure di cui al comma 4 possono essere svolte in deroga agli articoli 40 [Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione], comma 1, e 93 [Garanzie per la partecipazione alla procedura] del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché all'obbligo di utilizzo della banca dati AVCPass, istituita presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Resta fermo il potere di deroga ulteriore con le ordinanze di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, anche in relazione alle modalità di esecuzione della fornitura».

⁴³² La relativa documentazione è disponibile al seguente link: <http://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/procedura-negoziata-allestimento-delle-aree-di-accoglienza-della-popolazione-interessata-dagli-eventi-sismici-2>.

⁴³³ La documentazione è reperibile al seguente link: <http://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/procedura-negoziata-allestimento-delle-aree-di-accoglienza-della-popolazione-interessata-dagli-eventi-sismici-3-0>; inoltre A. D'ANGELO – C. DELLA VALLE – A. FRANCHINA – D. OLORI, *op. cit.*, 59, evidenziano come «il dilatarsi dei tempi di individuazione delle aree, di fornitura e di allestimento dei campi ha fatto sì che 14 campi (808 container) fossero forniti tra fine dicembre 2016 e gennaio 2017; 6 campi (367 container) a febbraio 2017 e gli ultimi 3 (111 container) nei primi giorni di marzo 2017.

operatori economici, per l'aggiudicazione di appalti specifici aventi ad oggetto il noleggio, il trasporto e l'installazione di moduli container in emergenza. Tale gara riguardava però solo i container funzionali alle aree di accoglienza in tenda ed inerenti i servizi accessori come lavanderie e docce⁴³⁴ e non anche quelli ad uso abitativo.

Orbene, per ridurre gli effetti che un evento calamitoso può determinare sull'uomo, sulle costruzioni e sull'ambiente, è indispensabile agire preventivamente e, comunque, su piani temporali diversi, tuttavia, per ottenere dei risultati concreti, occorre che gli interventi messi in atto e le attività condotte siano ben pianificate e coordinate tra loro⁴³⁵.

3. L'impatto delle S.A.E. sul territorio.

Dal rapporto ISPRA pubblicato nel luglio 2018 si rileva un ulteriore aspetto problematico legato alla costruzione delle *casette*. Il dossier infatti ha segnalato le trasformazioni del suolo nell'area del Parco nazionale dei Monti Sibillini, evidenziando come siano stati consumati oltre 24 ettari di territori. Anche nelle zone del Gran Sasso e dei Monti della Laga le porzioni di territorio consumato sono pari a 10 ettari. Tuttavia nel rapporto si precisa che gran parte dei cambiamenti sono dovuti a costruzioni ed opere successive ai recenti fenomeni

⁴³⁴ Il relativo bando di gara del 2 ottobre 2015 è reperibile al seguente link: <http://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/aq-moduli-container-in-emergenza-per-protezione-civile>; la procedura si è conclusa il 24 agosto 2016, subito dopo la prima scossa.

⁴³⁵ In questo senso, S. PEPPOLONI, *I rischi naturali: conoscerli per difenderci*, in *Nuova formazione bibliografica*, fasc. 4, 2015, 825.

tellurici⁴³⁶. Alla luce di questi dati risulta doveroso interrogarsi sul futuro delle *casette* quando la ricostruzione sarà ultimata⁴³⁷.

Realisticamente, considerando anche la mole di lavori realizzata, i metri cubi di terra portati via e le colline sbancate, le opere di urbanizzazione e fondazione sembrano essere state realizzate «secondo i modelli più comuni nell'edilizia ordinaria»⁴³⁸ e non presentano quindi le caratteristiche della temporaneità. Sarà dunque molto costoso, se non proprio impossibile, ripristinare lo *status quo ante*⁴³⁹. Non a caso è stata anche diffusa

una circolare del Capo di Dipartimento della Protezione civile che, evidenziando come le zone su cui dovranno insistere le S.A.E. saranno scelte preferendo quelle pubbliche a quelle private, sottolinea come, qualora sia necessario individuare comunque aree private, risulterà più conveniente procedere all'acquisizione dell'area al patrimonio pubblico piuttosto che ad una sua locazione, dal momento che ricondurre quel terreno *in pristino*, avrebbe costi troppo ingenti⁴⁴⁰.

Se dunque le opere di fondazione e urbanizzazione assumono un carattere definitivo più che transitorio, le vere e proprie *casette* che vi insistono dovrebbero mantenere le caratteristiche della temporaneità. A tal proposito infatti si legge nel capitolato tecnico relativo alla fornitura delle S.A.E. che queste non prefigurano alcuna condizione di residenzialità permanente, devono avere una vita pari a dieci anni e caratteristiche di rimovibilità, flessibilità ed adattabilità nel caso di riconversione *in loco* per altre destinazioni d'uso⁴⁴¹. Non si esclude comunque un loro possibile riutilizzo *in loco*, anzi, ad avallare questa ipotesi depone anche la legge di bilancio del 2018 quando stabilisce che le *casette* debbano essere acquisite nel patrimonio dei Comuni. In particolare l'art. 1, comma 750, prevede che «i comuni sono responsabili del mantenimento dell'efficienza delle strutture da utilizzare per esigenze future di protezione civile o per lo sviluppo socioeconomico del territorio». In ogni caso non si può fare a

⁴³⁶ Consultabile al link: http://www.isprambiente.gov.it/public_files/ConsumoSuolo2018/Rapporto_Consumo_Suolo_2018_2.pdf.

⁴³⁷ Il rischio è che si ripropongano le stesse criticità verificatesi nel contesto del terremoto abruzzese nel 2009 con il Progetto C.A.S.E., in particolare, come rilevato al punto 17 della Relazione speciale n. 24 del 2012 condotta dalla Corte dei Conti europea e consultabile al link: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR12_24/SR12_24_IT.PDF, il progetto C.A.S.E. invece di fornire alloggi temporanei ha comportato la costruzione di nuove strutture permanenti adatte ad ospitare la gente durante gli anni necessari per la ricostruzione, il che ha creato un impatto duraturo sul paesaggio e sul patrimonio abitativo del Comune dell'Aquila.

⁴³⁸ Testualmente, G. BARRA – A. MARZO – S. OLCUIRE – D. OLORI, *op. cit.*, 135; inoltre si tenga presente che la costruzione di tali opere è stata consentita dall'art. 2 del decreto-legge 9 febbraio 2017, n. 8, convertito con modificazioni, dalla legge 7 aprile 2017, n. 45.

⁴³⁹ A tal proposito, nella Circolare del Capo di Dipartimento della Protezione civile del 16 gennaio 2017, prot. 3179, si legge che «Nell'ambito degli interventi già avviati, è emerso che nei progetti esecutivi delle urbanizzazioni in alcuni casi è stato necessario prevedere la realizzazione di consistenti opere di sistemazione e consolidamento e di generale messa in sicurezza delle aree per rendere i siti idonei alla realizzazione delle S.A.E.. Tali interventi non rientrano, in generale, nella categoria delle ordinarie opere di urbanizzazione in senso stretto, ma costituiscono lavorazioni comunque prodromiche all'utilizzazione dei siti. In relazione allo loro stretta interconnessione, queste opere sono necessariamente ricomprese nei progetti di urbanizzazione ed appaltate come unicum con l'urbanizzazione primaria, tenuto conto delle esigenze di celerità connesse con l'intervento emergenziale. Ciò incide inevitabilmente sull'importo complessivo dell'intervento (...).».

⁴⁴⁰ Cfr. la Circolare del Capo di Dipartimento della Protezione civile del 16 gennaio 2017, prot. 3179.

⁴⁴¹ Pagina 8 del capitolato tecnico, allegato 5, consultabile al link: https://servizioS.A.E..cnsofm.it/files/S.A.E./S.A.E.2_Allegato_5_-_Capitolato_Tecnico_public.pdf.

meno di osservare che, grazie a questa norma, i Comuni sono diventati proprietari di strutture costruite secondo procedure che, come già osservato, hanno tendenzialmente escluso una loro concreta partecipazione e che spesso sono state realizzate in deroga ad una serie di disposizioni legislative, attraverso l'utilizzo di procedure straordinarie ed accelerate⁴⁴².

Per concludere, un breve cenno merita anche la scelta del legislatore del 2017⁴⁴³ che, sensibile alla problematica relativa al consumo di suolo, ha consentito alle Regioni coinvolte nel sisma, sentiti i Comuni interessati, di acquistare a titolo oneroso al patrimonio dell'edilizia pubblica, unità immobiliari agibili o rese agibili dal proprietario e da destinare temporaneamente agli sfollati⁴⁴⁴ in alternativa alle S.A.E.⁴⁴⁵. Questa norma

risponde, per espressa previsione, alla finalità di contenimento dell'uso del suolo e di riduzione delle aree destinate ad insediamenti temporanei ma, allo stesso tempo, conferma la mancanza di una programmazione efficiente nella gestione dell'emergenza, essendo intervenuta un anno dopo il sisma ed in piena emergenza abitativa.

⁴⁴² In particolare, ai sensi dell'art. 5 dell'Ocdpc n. 388 del 2016, i soggetti indicati dall'art. 1, comma 1, possono agire anche in deroga ad una serie di norme elencate per la realizzazione delle attività indicate nell'ordinanza, tra cui, ex art. 1, comma 2 lett. a), gli «interventi necessari nella fase di prima emergenza volti a rimuovere le situazioni di rischio, ad assicurare l'indispensabile attività di soccorso, assistenza e ricovero delle popolazioni compite dai predetti eventi calamitosi»; anche l'Ocdpc n. 389 del 2016, all'art. 3, dispone che, nella costruzione delle S.A.E., i soggetti attuatori possono provvedere, sulla base di apposita motivazione, in deroga a decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, articoli 21, 22, 23, 26, 136, 142, 146, 147, 152, 159 e relative norme di attuazione; anche l'art. 3, comma 5, dell'Ocdpc n. 394 del 2016 prevede espressamente la deroga ai titoli II e III del d.P.R. n. 380 del 2001 nella misura eventualmente necessaria per la realizzazione delle S.A.E.

⁴⁴³ Cfr. l'art. 14 del decreto-legge 9 febbraio 2017, n. 8, convertito con la legge di conversione 7 aprile 2017, n. 45.

⁴⁴⁴ Si segnala a tal proposito l'Ocdpc n. 510 del 2018 che art. 5 individua, in deroga all'art. 14 del decreto-legge n. 8/2017, direttamente nel Comune di Tolentino il soggetto attuatore.

⁴⁴⁵ Sulle riflessioni in tema di politiche abitative e sui potenziali rischi dell'art. 14 cfr. V. MACCHIAVELLI – M. MENGHI – D. OLORI, *Edilizia pubblica ai tempi del post-sisma Una politica per lo spopolamento delle aree interne*, in E. DI TREVIRI, *Sul fronte del sisma*, DOC(K)S, Roma, 2018, 148 ss.

LA LOGICA DELLA PREVENZIONE NELLA DISCIPLINA DELLA PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE DI LAVORI PUBBLICI*

Ruggiero Dipace

SOMMARIO: **1.** L'influenza dei principi di sviluppo sostenibile, prevenzione e precauzione nella disciplina dei lavori pubblici; **2.** La programmazione tra prevenzione "economica" e ambientale; **3.** La prevenzione come criterio per la progettazione di opere; **4.** Il dibattito pubblico come strumento di gestione dei conflitti nella disciplina delle opere pubbliche; **5.** La conferenza di servizi come momento di emersione degli interessi sensibili nell'ottica della prevenzione; **6.** Le normative tecniche per la progettazione: l'esempio della normativa antisismica; **7.** Considerazioni conclusive.

* *Il presente lavoro costituisce una rielaborazione ed un ampliamento dell'intervento al convegno "Emergenze e tutela dell'ambiente" svoltosi il 18 marzo 2019, presso la Camera di Deputati.*

.L'influenza dei principi di sviluppo sostenibile, prevenzione e precauzione nella disciplina dei lavori pubblici.

Qualsiasi attività umana ha un impatto più o meno consistente

sull'ambiente circostante creando squilibri potenzialmente dannosi. Quando l'attività umana è frutto dell'azione dei pubblici poteri, come nel caso di quella volta alla realizzazione di opere e infrastrutture pubbliche o comunque allo sfruttamento del territorio, il dovere di proteggere l'ambiente e, contemporaneamente, di salvaguardare i componenti di una determinata comunità dai rischi che quell'attività può comportare, garantendone anche e soprattutto l'incolumità, deve risultare particolarmente stringente.

Lo sviluppo economico di una società, che passa anche attraverso la creazione di reti infrastrutturali e opere pubbliche efficienti e moderne, non può più prescindere da una visione attenta alla protezione ambientale e ciò anche per salvaguardare le generazioni future. I danni derivanti da uno sviluppo incontrollato si stanno dimostrando estremamente gravi e sembrano segnare rapidamente l'avvicinarsi di un punto di non ritorno verso il collasso del nostro ecosistema.

Restringendo l'ambito visuale del problema si può affermare che la crescente consapevolezza della gravità della situazione ha portato alcuni sistemi giuridici, in linea di massima quelli il cui sviluppo economico si è da tempo consolidato, all'affermazione di principi di estrema rilevanza per tentare un cambio di rotta delle politiche di protezione dell'ambiente⁴⁴⁶. Tralasciando l'analisi dei sistemi extraeuropei, occorre rilevare che il diritto eurounitario da tempo ha

⁴⁴⁶ Con riguardo alla graduale emersione dell'interesse ambientale nell'ambito della legislazione comunitaria e nazionale si veda A. RALLO, *Funzione di tutela ambientale e procedimento amministrativo*, Napoli, 2000; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente (parte generale)*, Torino, 2008, 3; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Rqda*, 2012, 62; D. SORACE, *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2014, 3; G. ROSSI, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Rqda*, 2015, 2.

individuato alcuni principi che devono informare ogni politica comunitaria⁴⁴⁷.

In particolare, l'esigenza di protezione dell'ambiente viene in evidenza con i principi di sviluppo sostenibile, di prevenzione e di precauzione⁴⁴⁸. Si tratta di principi che devono informare sia l'attività dei legislatori nazionali sia quella delle pubbliche amministrazioni. In particolare, principio dello sviluppo sostenibile può considerarsi come "il fondamento ultimo del diritto ambientale, nel senso che ne incarna la matrice di doverosità e il vincolo posto in capo alle generazioni attuali a garanzia di quelle future"⁴⁴⁹.

Tale matrice del principio di sviluppo sostenibile è stata colta dal nostro legislatore nel codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) che all'art.3 *ter* prevede che ogni attività umana giuridicamente rilevante "deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le

⁴⁴⁷ L'art.37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prescrive che "un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile". Si veda S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., 71.

⁴⁴⁸ L'art. 191 TFUE prescrive che la politica dell'Unione in materia ambientale deve perseguire gli obiettivi della salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, della protezione della salute umana, della utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, della promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici. E nel perseguimento di tali obiettivi la politica dell'Unione deve mirare a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione e deve essere fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga". Peraltro, la politica ambientale dell'Unione deve tener conto dello sviluppo socioeconomico dell'Unione nel suo insieme e dello sviluppo equilibrato delle sue singole regioni.

⁴⁴⁹ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. Renna F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 437.

possibilità delle generazioni future" (...) "in questo senso si deve informare anche l'attività della pubblica amministrazione che deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione". Quindi, sempre secondo il codice, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro.

Quanto prescritto dal codice evidenzia tutta la forza, anche etica, di tale principio quasi si trattasse di un manifesto per orientare qualsiasi scelta, sia politica sia amministrativa dei pubblici poteri; inoltre, la previsione dello sviluppo sostenibile rappresenta una valida manifestazione del principio di integrazione di cui all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE secondo il quale "un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile"⁴⁵⁰. Da ciò deriva che il principio deve essere rispettato anche ove non si faccia questione di interventi pubblici specificamente destinati alla tutela dell'ambiente⁴⁵¹.

Oltre allo sviluppo sostenibile, come noto, il codice dell'ambiente, riprende la normativa comunitaria allorché, tra i principi generali dell'azione prescrive che

⁴⁵⁰ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit., 449 precisa che la norma del codice incide sull'attività amministrativa connotata da discrezionalità e che può applicarsi là dove, in primo luogo, si ravvisi un'interferenza con l'ambiente e con l'uso delle risorse.

⁴⁵¹ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit., 436.

“la tutela dell’ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell’azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” (art. 3 *ter*)⁴⁵².

Prevenzione e precauzione, così come sviluppo sostenibile, pervadono l’azione dei pubblici poteri; tali principi sembrano trascendere gli specifici interventi volti alla tutela dell’ambiente per sovrintendere l’intera azione dei pubblici poteri (anche per il richiamo all’ordinamento comunitario da parte della legge n. 241/1990)⁴⁵³.

Prevenzione e precauzione sono stati definiti come un riflesso e un’applicazione del principio di sviluppo sostenibile il che è sicuramente coerente con la ampiezza di latitudine che il diritto comunitario e quello nazionale hanno attribuito al principio dello sviluppo sostenibile⁴⁵⁴. Ciò non toglie che prevenzione (o meglio azione preventiva) e precauzione hanno caratterizzato, anche prima dell’affermarsi del principio di sviluppo sostenibile, l’ossatura della politica di tutela ambientale europea, tanto è vero che sono stati definiti i principi “forti” in tale materia⁴⁵⁵.

⁴⁵² Il principio della prevenzione è stato introdotto nel Trattato CE con l’emanazione, nel 1986, dell’Atto Unico Europeo nel quale, peraltro, la materia ambientale compare per la prima volta in un’ottica autonoma rispetto alle questioni di mercato.

⁴⁵³ F. DE LEONARDIS *Il principio di precauzione*, in M. Renna F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 415.

⁴⁵⁴ F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, cit., 439.

⁴⁵⁵ R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 526, rileva che le politiche pubbliche si prefiggono l’obiettivo di attivare forme e strumenti di protezione a carattere preventivo capaci di operare prima che gli eventi dannosi si siano verificati relegando a un ruolo sussidiario gli strumenti di tutela ex post (come quelli del principio “chi inquina paga”). Sul principio del “chi inquina paga” e danno ambientale si veda W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli, 2012.

Si tratta di due principi autonomi, spesso però trattati unitariamente⁴⁵⁶. Secondo una impostazione vi sarebbe una priorità logica e operativa del principio di prevenzione su quello di precauzione: il principio di precauzione consiste in una strategia strutturata di controllo del rischio pur sempre rientrante nell’ambito della tutela preventiva in quanto questa è il più che ricomprende il meno⁴⁵⁷. La prevenzione caratterizza la politica di tutela mentre la precauzione ne sarebbe una modalità operativa⁴⁵⁸. Più precisamente, la precauzione delinea un metodo di analisi e studio delle problematiche connesse con la valutazione del rischio ambientale capace di dare corpo e sostanza a un principio, quello della tutela preventiva, altrimenti privo di contenuti e significati a livello pratico operativo⁴⁵⁹. Da ciò deriva la conclusione che la precauzione sia al servizio della prevenzione.

Che la precauzione possa inquadrarsi nell’ambito della generale politica di prevenzione è indubitabile; infatti, alla base dei due principi vi è la considerazione che occorre in via prioritaria intervenire prima che i danni all’ambiente si siano verificati, prevenendoli e riducendo fortemente il rischio che questi si producano, in quanto i danni ambientali spesso non sono riparabili o, comunque, comportano onerose attività di ripristino dello *status quo ante*. Ma dal punto di vista dogmatico è preferibile effettuare una differenziazione più marcata fra i due

⁴⁵⁶ S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, cit., 99.

⁴⁵⁷ R. FERRARA, *I principi comunitari*, cit., 531.

⁴⁵⁸ Di contrario avviso è G. CORSO, *La valutazione del rischio ambientale*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto ambientale*, cit., 169, il quale afferma che il principio di precauzione in ragione della sua indeterminazione viene invocato dalle amministrazioni per operare decisioni conservative, ma l’ambito di applicazione del principio coincide con quello delle politiche in materia ambientale e, quindi, attiene al piano delle scelte normative e non a quello dell’azione amministrativa. Chi amministra non può aggiungere cautele a quelle stabilite dal legislatore ma si deve limitare ad applicare le precauzioni previste dalle norme altrimenti tale principio diverrebbe fonte inesauribile di poteri impliciti svincolato dal principio di legalità.

⁴⁵⁹ P. DELL’ANNO, *Diritto dell’ambiente*, Padova, 2011.

principi in quanto le logiche a essi sottostanti sono in parte differenti. Il principio di precauzione opera in caso di rischio, individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva e consente all'amministrazione di adottare le misure più opportune volte ad assicurare un elevato livello di protezione dell'ambiente e della salute umana⁴⁶⁰; il punto di partenza delle operatività del principio di precauzione si rinviene nella condizione di insufficienza e incertezza dei dati scientifici e sulla base di tale situazione permette di operare le scelte conseguenti. La prevenzione, al contrario, ha come punto di partenza la raggiunta sicurezza dei dati a disposizione della amministrazione. Il principio della prevenzione, infatti, viene in rilievo nelle situazioni in cui i danni sono certi (tanto è vero che la norma nazionale non si riferisce al concetto di rischio ma a quello di minaccia). Lo scopo della prevenzione è quello di prevenire il danno che si è certi derivi dall'utilizzo di prodotti di cui si conosce la pericolosità per l'ambiente. In altre parole, la prevenzione è principio dell'azione allorché vengano in rilievo rischi conosciuti e scientificamente provati mentre quello della precauzione opera in situazioni in cui i danni si temono e sono tendenzialmente potenziali in una situazione di incertezza anche dal punto di vista scientifico⁴⁶¹.

⁴⁶⁰ F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005. Dello stesso Autore, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 90. Si veda anche B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 194. Tali lavori, inquadrando il principio di precauzione tra quelli caratterizzanti l'azione amministrativa in generale, dimostrano come questo oramai abbia superato i confini del diritto dell'ambiente e, come già rilevato, caratterizzi tutta l'azione dei pubblici poteri in presenza di potenziali rischi da valutare e gestire.

⁴⁶¹ Infatti, l'art. 301 del codice dell'ambiente afferma che in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione. Il rischio e la sua portata deve essere individuata a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva. L'art. 304, invece, afferma che il principio dell'azione preventiva viene in rilievo allorché un danno ambientale non si sia ancora

Nella sostanza le valutazioni che giustificano l'applicazione del principio della precauzione sono connotate da rischio e incertezza mentre quelle della prevenzione sono connotate da regole meno elastiche e probabilistiche⁴⁶²; in altri termini, la mera potenzialità, o possibilità, del danno rappresenta il fondamentale aspetto di differenziazione del principio di precauzione rispetto a quello di prevenzione che, al contrario, trova il suo fondamento in una situazione di certezza⁴⁶³.

verificato, ma esista una minaccia imminente che si verifichi; da ciò consegue che l'operatore interessato debba adottare, entro ventiquattro ore e a proprie spese, le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza. Sul punto si veda B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, cit., 200, afferma che l'analisi del rischio costituisce il presupposto per l'azione precauzionale, l'amministrazione deve innanzitutto operare una valutazione del rischio, rigorosa e con garanzie di scientificità (*risk assessment*) per poi emanare su tale base la decisione precauzionale di gestione del rischio (*risk management*) che deve risultare appropriata e tale da non comportare un sacrificio eccessivo degli altri interessi. Peraltro, la decisione precauzionale postula un'analisi costi benefici attraverso la considerazione e il bilanciamento dei potenziali vantaggi e svantaggi dell'azione/inazione (F. DE LEONARDIS, *Principi generali*, cit., 94).

⁴⁶² S. GRASSI, *op. cit.*, 100.

⁴⁶³ Sul punto si veda Cons. Stato, Ad. Plen. 25 settembre 2013, n. 21, che delinea la differenziazione fra i due principi. Secondo la decisione innanzitutto i principi di precauzione e di prevenzione rendono legittimo un approccio anticipatorio ai problemi ambientali, sulla base della considerazione che molti danni causati all'ambiente possono essere di natura irreversibile. Per prevenire il rischio del verificarsi di tali danni, il principio di precauzione legittima l'adozione di misure di prevenzione, riparazione e contrasto a una fase nella quale il danno non solo non si è ancora verificato, ma non esiste neanche la piena certezza scientifica che si verificherà. La ricerca di livelli di sicurezza sempre più elevati porta a un consistente arretramento della soglia dell'intervento delle Autorità a difesa della salute dell'uomo e del suo ambiente: la tutela diviene "tutela anticipata" e oggetto dell'attività di prevenzione e di riparazione diventano non soltanto i rischi conosciuti, ma anche quelli di cui semplicemente si sospetta l'esistenza. Il principio di prevenzione presenta tratti comuni con il principio di precauzione, in quanto entrambi condividono la natura anticipatoria rispetto al verificarsi di un danno per l'ambiente. Il principio di prevenzione si differenzia da quello di precauzione perché si occupa della prevenzione del danno rispetto a rischi già conosciuti e scientificamente provati relativi a comportamenti o prodotti per i quali esiste la piena certezza circa la loro pericolosità per

Il quadro in cui si muove il principio di prevenzione, ossia quello della certezza scientifica circa il potenziale danno e i suoi effetti induce a ritenere che questo possa essere utilizzato come criterio informatore dell'attività legislativa e regolamentare, oltretutto di quella amministrativa. Le certezze scientifiche possono essere poste alla base di norme che plasmino istituti di carattere generale⁴⁶⁴. Questa operazione appare più difficile con riguardo al principio di precauzione fondato sull'azione in presenza di incertezza e forse destinato prevalentemente a essere azionato in situazioni puntuali.

I principi di sviluppo sostenibile e di prevenzione sembrano attagliarsi meglio alla predisposizione di istituti giuridici per la realizzazione di politiche attente agli interessi ambientali.

I citati principi hanno sicuramente una capacità di permeare e influenzare le attività che comportano lo sfruttamento del territorio compresa quella della

l'ambiente. La ratio dei principi di precauzione e di prevenzione è quella di legittimare un intervento dell'autorità competente anche in condizioni di incertezza scientifica (sulla stessa esistenza del rischio o delle sue ulteriori conseguenze), sul presupposto che il trascorrere del tempo necessario per acquisire informazioni scientificamente certe o attendibili potrebbe determinare danni irreversibili all'ambiente, allora non appare peregrino sostenere che la medesima ratio consenta l'intervento in via precauzionale o preventiva non solo quando l'incertezza da dipanare riguarda l'evento di danno, ma anche quando concerna il nesso causale e, quindi, l'individuazione del soggetto responsabile di un danno certo. In entrambi i casi, invero, il ritardo nell'intervento giustificato dalla necessità di acquisire un livello di certezza scientifica soddisfacente può dare luogo al rischio di effetti irreversibili.

⁴⁶⁴ Sul punto G. CORSO, *op. cit.*, 167, analizzando il nesso tra rischio e conoscenza che lo stato delle conoscenze scientifiche è in continua evoluzione per cui le misure politiche adottate contro il rischio per l'ambiente e la salute hanno sempre un carattere di provvisorietà e contengono sempre una riserva di revoca, di adozione di misure differenti imposte dallo sviluppo della ricerca. Il carattere temporaneo della legislazione, che in linea generale, è un fatto negativo perché contrasta con l'esigenza di certezza del diritto, è invece auspicabile nella materia ambientale proprio per lo stretto collegamento che questa ha con lo sviluppo scientifico.

realizzazione di lavori o opere pubbliche⁴⁶⁵.

Occorre, quindi, verificare il grado di penetrazione di tali principi nella disciplina comunitaria e nazionale dei lavori pubblici analizzando gli istituti che ne sembrano essere ispirati e verificare come le decisioni delle pubbliche amministrazioni e dei giudici siano influenzate da tali principi tentando di rispondere a un interrogativo di fondo: sino a che punto lo sviluppo, anche economico, può essere frenato dalla esigenza di protezione dell'ambiente negando la realizzazione di interventi pubblici necessari per la collettività. Per rispondere a tale interrogativo occorre individuare quali sia il punto di equilibrio fra la protezione dell'ambiente e le esigenze di moderne ed efficienti infrastrutture e verificare se tale punto di equilibrio sia stato in qualche modo individuato dalla normativa e, se sussistente, come sia stato interpretato dalla giurisprudenza.

Un primo spunto di riflessione può essere fornito dalle direttive del 2014, recepite dal nuovo codice dei contratti pubblici. La direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, lega il concetto di sostenibilità alla politica degli appalti pubblici affermando al secondo considerando che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020⁴⁶⁶ "in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici". Ancora più significativamente viene sostenuto che "la vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro dovrebbe essere svolta nelle fasi pertinenti della

⁴⁶⁵ In generale sul rapporto fra disciplina ambientale e opere pubbliche si veda S. VILLAMENA, *Codice dei contratti pubblici 2006. Nuovo lessico ambientale, clausole ecologiche, sostenibilità, economicità*, in *RGED*, 2017, 101.

⁴⁶⁶ Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020- Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»).

procedura di appalto, nell'applicare i principi generali che disciplinano la selezione dei partecipanti e l'aggiudicazione dei contratti, nell'applicare i criteri di esclusione e nell'applicare le disposizioni riguardanti le offerte anormalmente basse". È una affermazione che implica idonee previsioni normative riguardanti gli interessi ambientali in tutte le fasi di realizzazione di un appalto pubblico. A titolo esemplificativo, il considerando 91 occupandosi dei criteri di valutazione delle offerte afferma che il "TFUE impone che le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente siano integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, garantendo loro la possibilità di ottenere per i loro appalti il migliore rapporto qualità/prezzo".

Si può, quindi, affermare che le più recenti norme comunitarie in materia di contratti pubblici ritengono ineludibile la considerazione di interessi ambientali in ogni fase della disciplina dei contratti pubblici e tutto ciò nell'ottica del principio della prevenzione del rischio di danno per l'ambiente e per la incolumità della cittadinanza. Nello stesso solco si è posta la legge di delega relativa al recepimento delle direttive comunitarie (legge 28 gennaio 2016, n.11) la quale indica fra i criteri di delega: la "previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale nell'affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, facendo ricorso anche al criterio di aggiudicazione basato sui costi del ciclo di vita e stabilendo un maggiore punteggio per i beni, i lavori e i servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente" (art. 1, comma 1 lett. p) e "introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi

progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio" (art. 1, comma 1, lett. qqq). Si tratta solo di alcuni esempi che, però, fanno emergere una delle direttrici fondamentali della nuova disciplina dei contratti pubblici.

Peraltro, alcuni contenuti delle direttive erano stati già recepiti, prima del nuovo codice con la legge 28 dicembre 2015, n. 221, recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali" ove un intero capo viene dedicato alle "disposizioni relative al *Green public procurement*".

Un deciso cambio di passo si è avuto con il nuovo codice dei contratti (d.lgs. 18 aprile 2016, n.50) che prevede norme attenti alla protezione degli interessi ambientali e, più in generale, dello sviluppo sostenibile e della prevenzione, in tutte le fasi relative alla realizzazione di opere pubbliche.

Infatti, l'influenza di tali principi è notevole sia nelle fasi di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti, ove la tutela dell'ambiente assume un ruolo di primario interesse (si pensi ai criteri ambientali introdotti nei bandi di gara o ai molteplici aspetti ambientali che emergono nella gestione di cantieri), sia nelle fasi di programmazione e progettazione delle opere pubbliche che rappresentano due snodi fondamentali nel complesso iter di realizzazione una infrastruttura pubblica, caratterizzato da complessi procedimenti fra loro collegati. Proprio, gli atti di programmazione e di progettazione possono qualificarsi sono frutto di procedimenti collegati a quello di aggiudicazione e, conseguentemente, si configurano come presupposti indefettibili per l'avvio di esso. Stante la natura di tali procedimenti è di assoluto rilievo verificare quanto i principi di prevenzione e precauzione ne possano influenzare l'esito e la conseguente legittimità.

La programmazione tra prevenzione "economica" e ambientale.

Il tema della programmazione è stato a lungo negletto, soprattutto se collegato a quello delle attività economiche private in nome di un esasperato e spesso erroneo riferimento alla libertà di iniziativa economica libera e di libera concorrenza⁴⁶⁷.

Riferendosi precipuamente alla programmazione (o pianificazione) delle attività amministrativa si deve partire dalla considerazione di Giannini il quale rilevava che "le pianificazioni esistono da sempre, da quando esiste l'attività amministrativa. Questo perché in sé considerata la pianificazione (o programmazione: i termini sono equivalenti salvo il linguaggio normativo positivo) è una tecnica dell'azione amministrativa di durata, cioè il far svolgere questa secondo un disegno in cui vengono stabilite le ordinate spaziali, temporali e i contenuti degli oggetti e delle ordinate spaziale e temporali"⁴⁶⁸. Secondo l'Autore, l'azione amministrativa deve procedere per pianificazioni, non in termini assoluti, ma ogni volta che

un'amministrazione si trovi a dover affrontare problemi che hanno dimensione temporale pluriennale, e comportano coordinamenti tra amministrazioni, enti pubblici e privati e richiedono impieghi ordinati delle varie sorte di risorse⁴⁶⁹.

Quanto appena illustrato è perfettamente sovrapponibile alla attività di programmazione nell'ambito delle opere pubbliche.

Con la previsione di una disciplina generale sulla programmazione delle opere pubbliche il legislatore ha mirato alla razionalizzazione delle scelte della pubblica amministrazione, possibile solo attraverso una attenta valutazione della situazione nella sua globalità, che porta a individuare misure coordinate per intervenire nel settore delle infrastrutture⁴⁷⁰. Ciò può avvenire con una predefinita degli obiettivi e la predisposizione di una strategia realizzativa attraverso una seria coordinata di atti⁴⁷¹. Tale modalità di azione consente di fare concreta applicazione nella materia delle opere pubbliche, dei principi di efficienza, efficacia ed economicità ai quali deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione. All'obiettivo della razionalizzazione delle scelte strategiche

⁴⁶⁷ La bibliografica su questo tema cruciale per il diritto in generale e, in particolare, per il diritto amministrativo è sterminata. Per un approccio al tema si vedano M. S. GIANNINI, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, ora in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 1091; M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983, 630; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 91; G. AMATO, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1971, 413; S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione degli interventi straordinari nel Mezzogiorno: profili organizzatori e precettivi*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 28; M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, 1997, 35; G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. Dir.*, agg. II, 1998; R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429; M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001; N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna 2007; P. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 462.

⁴⁶⁸ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 131.

⁴⁶⁹ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 135.

⁴⁷⁰ Il vecchio codice dei contratti prevedeva la programmazione obbligatoria solo con riferimento alle opere pubbliche (art. 128 d.lgs. 163/2006). Il nuovo codice estende l'obbligo di programmazione anche con riferimento alle acquisizioni di beni e servizi da parte delle amministrazioni. M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, 4300. L'Autrice rileva che l'idea più recente di programmazione sia quella di "metodo" di svolgimento dell'azione amministrativa, con riguardo ai comparti più delicati e sensibili dell'ordinamento come è quello delle opere pubbliche.

⁴⁷¹ In ciò consiste il nucleo centrale della attività di programmazione. È stato infatti chiarito dalla dottrina, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 193, che tale attività ricade nell'alveo dell'attività politica, anche se poi la realizzazione di tali obiettivi richiede il necessario ricorso a procedure amministrative, in quanto nessun obiettivo può essere raggiunto dalla pubblica amministrazione senza l'esercizio di poteri amministrativi e tramite procedimenti. In sostanza, la programmazione, poiché postula un insieme coordinato di interventi, si risolve in un procedimento di procedimenti.

si è affiancato quello della corretta allocazione delle risorse finanziarie divenuto primario in funzione della oramai cronica situazione deficitaria delle casse pubbliche.

L'attività di programmazione è prevista come obbligatoria e preliminare alla progettazione e alla realizzazione dell'opera pubblica. Si configura, infatti, come un *prius* logico giuridico rispetto alla realizzazione dell'opera pubblica ed esprime un'attività fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente pubblico⁴⁷². La *ratio* dell'attività di programmazione è quella di evitare che vengano realizzate opere inutili o al di fuori delle linee programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività⁴⁷³. Con l'attività di programmazione, l'amministrazione si vincola alle proprie scelte e ciò rappresenta una garanzia in ordine alla soddisfazione delle esigenze sociali e degli interessi pubblici ai quali l'amministrazione deve attendere. L'attività di programmazione delle opere pubbliche si caratterizza per essere un momento di collegamento tra scelte politiche e scelte amministrative. Essa costituisce il territorio di confine tra il momento di determinazione delle scelte e quello di realizzazione delle stesse. Si tratta, quindi, di un'attività complessa. In una prima fase, l'amministrazione procede alla identificazione dei bisogni della collettività e alla individuazione dei lavori che ritiene funzionali al soddisfacimento degli stessi, compiendo in tal modo una attività programmatica e di indirizzo. In una seconda fase, l'amministrazione elabora studi di fattibilità, sulla base delle valutazioni tecniche, finanziarie, economiche, sociali e giuridiche, ricorrendo a una discrezionalità di tipo tecnico per predisporre gli strumenti

attuativi vincolati rispetto alla scelta effettuata. Da questo punto di vista si può affermare che viene in rilievo il principio della prevenzione in senso tecnico. Ossia la programmazione dovrebbe impedire fenomeni di programmazione rovesciata in virtù dei quali si capovolgeva il rapporto tra opere e finanziamento, per cui la scelta dell'opera da realizzare era consequenziale alla disponibilità di specifici finanziamenti, in un'ottica di scelte estemporanee e, spesso, non volte alla soddisfazione delle esigenze della collettività⁴⁷⁴. Infatti, il codice dei contratti (art. 21, d.lgs. 50/2016) prevede alcune rilevanti innovazioni con riferimento al rapporto tra l'attività di programmazione degli acquisti e i documenti di bilancio⁴⁷⁵. In tal senso di sicuro rilievo è la prescrizione legislativa secondo la quale i programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatici in coerenza con il bilancio e con le norme che disciplinano la programmazione economico finanziaria degli enti locali. Ciò chiaramente significa che il legislatore ha voluto raccordare la fase dell'adozione del programma (triennale per i lavori e biennale per i

⁴⁷⁴ Si veda E. STICCHI DAMIANI, *La programmazione dei lavori pubblici*, in R. Villata (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2004, 260.

⁴⁷⁵ Sulla programmazione nel nuovo codice dei contratti si veda: A. CONTIERI, B. MERCURIO, *Commento ad art. 21*, in G. Esposito (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2017, 177. La disciplina è stata recentemente completata con l'adozione da parte del ministero delle infrastrutture del regolamento (d.m. 16 gennaio 2018, n.14) previsto dall'art. 21, comma 8 del d.lgs. 50/2016. Il decreto attuativo definisce: a) le modalità di aggiornamento dei programmi e dei relativi elenchi annuali; b) i criteri per la definizione degli ordini di priorità, per l'eventuale suddivisione in lotti funzionali, nonché per il riconoscimento delle condizioni che consentano di modificare la programmazione e di realizzare un intervento o procedere a un acquisto non previsto nell'elenco annuale; c) i criteri e le modalità per favorire il completamento delle opere incompiute; d) i criteri per l'inclusione dei lavori nel programma e il livello di progettazione minimo richiesto per tipologia e classe di importo; e) gli schemi tipo e le informazioni minime che essi devono contenere, individuandole anche in coerenza con gli standard degli obblighi informativi e di pubblicità relativi ai contratti; f) le modalità di raccordo con la pianificazione dell'attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza ai quali le stazioni appaltanti delegano la procedura di affidamento.

⁴⁷² G. ORSONI, *Programmazione dei lavori pubblici*, in A. Carullo, A. Clarizia (a cura di), *La legge "quadro" in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004, 665. Si veda anche G. NARDELLI, *La programmazione*, in A. Cancrini, C. Franchini, S. Vinti (a cura di), *Il codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014.

⁴⁷³ Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482.

servizi e le forniture) con la tempistica prevista per l'adozione del bilancio da parte della pubblica amministrazione. Si può affermare che tali norme rappresentano una declinazione del principio di prevenzione di matrice economica.

Ma nella fase della programmazione delle opere pubbliche viene in rilievo anche l'aspetto della massima considerazione degli interessi sensibili e, in particolare, di quello ambientale nella logica della tutela preventiva. Ancorché la programmazione non sia sottoposta a valutazione ambientale strategica comunque il tema della tutela ambientale caratterizza tale fase preliminare e strategica in relazione alla realizzazione di interventi pubblici⁴⁷⁶. Infatti, il codice prevede all'art. 21, comma 3, che le amministrazioni aggiudicatrici per l'inserimento dell'opera nel programma triennale redigano il documento di fattibilità delle alternative progettuali previsto dall'art. 23, comma 5.

⁴⁷⁶ Il programma triennale delle opere pubbliche non rientra fra quelli che il codice dell'ambiente sottopone a VAS. Sul punto occorre rilevare che il codice dell'ambiente all'art. 5, comma 1, lett e) contiene una nozione molto ampia di "piani e programmi" che si identificano con gli atti e provvedimenti di pianificazione e di programmazione comunque denominati, compresi quelli cofinanziati dalla Comunità europea. Ma il successivo art. 6 delimita in maniera analitica l'ambito di applicazione della VAS. Questa deve essere effettuata per i piani e i programmi che a) sono elaborati per la valutazione e gestione della qualità dell'aria ambiente, per i settori agricolo, forestale, della pesca, energetico, industriale, dei trasporti, della gestione dei rifiuti e delle acque, delle telecomunicazioni, turistico, della pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli, e quelli che definiscono il quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti presenti negli allegati al codice che sono sottoposti a VIA; b) e che sono elaborati in considerazione dei possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatica. Dalla VAS sono esclusi (comma 4): i piani e i programmi destinati esclusivamente a scopi di difesa nazionale caratterizzati da somma urgenza; i piani e i programmi finanziari o di bilancio; i piani di protezione civile in caso di pericolo per l'incolumità pubblica; i piani di gestione forestale o strumenti equivalenti, riferiti ad un ambito aziendale o sovraziendale di livello locale, redatti secondo i criteri della gestione forestale sostenibile e approvati dalle regioni o dagli organismi dalle stesse individuati.

In particolare, questa norma si occupa del progetto di fattibilità tecnico economica. Tale documento preliminare ricalca quello previsto dal precedente codice e dal suo regolamento di attuazione. Le amministrazioni, infatti, in un primo momento elaborano uno studio per individuare il quadro dei bisogni e per identificare gli interventi necessari e, successivamente, redigono uno studio di fattibilità. Si tratta, evidentemente, di atti di indirizzo che, in quanto tali, devono essere espressi dagli organi politici dell'ente e non dai dirigenti responsabili, invece, della gestione dell'ente stesso⁴⁷⁷.

Lo studio preliminare è finalizzato a individuare gli interventi e i lavori strumentali al soddisfacimento del bisogno e rappresenta il documento tecnico, di natura interdisciplinare, posto alla base della programmazione triennale che deve essere adottato per ogni singolo intervento individuato. Il documento di fattibilità deve essere redatto secondo i criteri con i quali si redige il progetto di fattibilità, così come previsto dall'art. 23, comma 1, per cui per ogni singolo intervento si devono prendere in considerazione le componenti storico-artistiche, architettoniche, paesistiche al fine di valutarne la sostenibilità ambientale, socio economico, amministrativa e tecnica⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 274.

⁴⁷⁸ Con riferimento alla sostenibilità ambientale si pone il problema del rapporto con lo strumento della valutazione di impatto ambientale (VIA). Come è noto, la normativa in materia è stata oggetto di un recente intervento normativo. Infatti, con il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, è stata data attuazione alla direttiva 2014/52/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, che modifica la direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, ai sensi degli articoli 1 e 14 della legge 9 luglio 2015, n. 114. Conseguentemente, sono state modificate le norme del Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). In generale, occorre rilevare che, la VIA consiste in una procedura tecnico-amministrativa di verifica della compatibilità ambientale di un progetto. Essa è finalizzata all'individuazione, descrizione e quantificazione degli effetti che un determinato progetto, opera o azione, potrebbe avere sull'ambiente, inteso come insieme delle risorse naturali di un territorio e delle attività antropiche in esso presenti. Si tratta, quindi, di uno strumento di supporto decisionale tecnico-politico finalizzato non solo a migliorare la

Tale studio costituisce il parametro fondamentale per la valutazione dell'ammissibilità dell'intervento e della sua effettiva e concreta rispondenza all'interesse pubblico *ab origine* individuato e, quindi, sulla base di tale studio l'amministrazione decide definitivamente se inserire o meno il lavoro nell'ambito del programma triennale.

Scopo ultimo di questa valutazione è eliminare le ipotesi che si rivelano non soddisfacenti sia sotto il profilo economico finanziario sia sotto il profilo della utilità sociale e sotto quello della sostenibilità ambientale

La valutazione circa la sostenibilità ambientale del progetto in sede di programmazione rappresenta la massima espressione della logica preventiva in relazione alla valutazione degli interessi sensibili. L'interesse alla sostenibilità ambientale costituisce uno dei parametri che indirizza l'attività programmatica della pubblica amministrazione e che, in linea teorica potrebbe comportare la decisione già a monte, e in assenza di valide alternative progettuali, di non arrivare alla soddisfazione del bisogno segnalato dalla collettività.

. La prevenzione come criterio per la progettazione di opere.

trasparenza delle decisioni pubbliche, consentendo di definire un bilancio beneficio-danno, inteso sotto il profilo ecologico-ambientale, e sotto quello economico-sociale; inoltre, tale strumento è finalizzato a verificare la sostenibilità di ogni singolo progetto, realizzando la migliore mediazione tra esigenze funzionali di progetto e impatto sull'ambiente; a prevenire il danno ambientale, passando da un sistema di ripristino (a valle) del danno, a un sistema di previsione-prevenzione (a monte) degli impatti ambientali nella gestione del territorio e delle risorse naturali; a favorire, infine, la partecipazione di tutti gli attori sociali per garantire la condivisione delle scelte pubbliche. Come è agevole rilevare, si pone il problema del coordinamento tra lo studio di fattibilità e la VIA; si potrebbe affermare che lo studio di fattibilità rappresenta un precedente logico sul quale poi si basa la VIA.

I principi dello sviluppo sostenibile e della prevenzione vengono in rilievo anche con riferimento alla fase della progettazione delle opere pubbliche. Quello della prevenzione è stato il principio ispiratore degli istituti giuridici finalizzati alla valutazione dell'impatto ambientale degli interventi umani, compresi quelli relativi alla realizzazione di opere o infrastrutture pubbliche, anche nelle forme e nei modelli "minori": si passa, infatti, dalla valutazione ambientale strategica alla autorizzazione integrata ambientale sino ai singoli studi di prefattibilità ambientale che caratterizzano progetti non sottoposti a VIA⁴⁷⁹.

La tutela preventiva può riguardare sia programmi e piani sia la progettazione. Nel primo caso, come noto viene in rilievo la Valutazione Ambientale Strategica, mentre nel secondo caso la Valutazione di impatto ambientale.

Questi due strumenti hanno sicuramente una finalità comune ossia quella di assicurare che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, siccome previsto dall'art. 4 comma 3 del codice ambiente; ma si rivolgono alla valutazione di attività differenti nell'ambito del complesso iter di realizzazione di un'opera pubblica. Infatti, la valutazione ambientale di piani e programmi ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente, contribuendo all'integrazione delle relative previsioni, con considerazioni specificamente ambientali, che siano tali da guidare l'amministrazione nell'effettuazione delle scelte discrezionali, tipiche, per l'appunto, dei piani e dei programmi. La VAS concerne la pianificazione e la programmazione alle quali l'amministrazione è obbligata, ed è concomitante alla stessa così da favorire l'emersione dell'interesse ambientale di modo che esso venga considerato in via

⁴⁷⁹ Si vedano in generale A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di) *Trattato di diritto dell'ambiente, Discipline ambientali di settore*, Padova, 2013, 527; M. D'ORSOGNA, L. DE GREGORIIS, *La valutazione ambientale strategica*, ivi, 561; A. MILONE, *Le valutazioni ambientali*, in S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, cit., 135.

prioritaria dall'amministrazione⁴⁸⁰. Da questo punto di vista è particolarmente interessante rilevare che tale valutazione consente di integrare gli interessi ambientali nel procedimento pianificatorio fin dal suo avvio⁴⁸¹. L'interesse ambientale condiziona l'attività di pianificazione e, quindi, gli stessi interessi urbanistici. Siamo, però su un piano che ancora non attiene alla realizzazione dell'opera pubblica ma alla sua localizzazione dell'opera, nell'attività di pianificazione e, quindi, alla sua compatibilità con gli strumenti di pianificazione urbanistici e territoriali. Siano un piano di precondizioni alla realizzazione dell'opera. Invece, la valutazione ambientale di singoli progetti entra nel vivo dei procedimenti collegati alla realizzazione dell'opera pubblica essendo la realizzazione del progetto presupposto indefettibile per l'avvio della procedura di aggiudicazione⁴⁸². La VIA, infatti,

⁴⁸⁰ Sul punto si veda E. BOSCOLO, *La VAS e VIA riformate: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione*, in *Urb App.*, 2008, 541; M. D'ORSOGNA, L. DE GREGORIS, *La valutazione ambientale strategica*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'Ambiente*, vol. II, Padova, 2013, 561; P. PORTALURI, *L'ambiente e i piani urbanistici*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 246; P. CHIRULLI, *La Valutazione Ambientale Strategica, a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 68.

⁴⁸¹ M. D'ORSOGNA, L. DE GREGORIS, *op. cit.*, 565. P. CHIRULLI, *op. cit.*, 68, rileva che la VAS costituisce un stimolo verso il "superamento della tecnica "per tutele parallele" degli interessi differenziati e verso l'avvio di un sistema integrato di pianificazione, nel quale interessi di peso e di segno diversi, si confrontano dialetticamente tra di loro fin dall'inizio del procedimento".

⁴⁸² Come la giurisprudenza ha già avuto modo di osservare (Cons. St., sez. IV, 5 luglio 2010 n. 4246), la valutazione di impatto ambientale (VIA) è preordinata alla salvaguardia dell'habitat nel quale l'uomo vive, che assume a valore primario e assoluto, in quanto espressivo della personalità umana (Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2008, n. 1109), attribuendo a ogni singolo un autentico diritto fondamentale, di derivazione comunitaria (direttiva 27 luglio 1985 n. 85/337/CEE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati); diritto che obbliga l'amministrazione a giustificare, quantomeno ex post e a richiesta dell'interessato, le ragioni del rifiuto di sottoporre un progetto a VIA all'esito di verifica preliminare (Corte giust. 30 aprile 2009, C75/08). A tali fini, l'ambiente rileva non solo come paesaggio, ma anche come assetto del territorio, comprensivo di ogni

interviene sulla progettazione, al suo stadio iniziale, e ha l'obiettivo di verificare l'impatto sull'ambiente dell'opera progettata⁴⁸³.

L'essenza di tale valutazione consiste nel fatto che non si sostanzia in una mera verifica di natura tecnica circa l'astratta compatibilità ambientale dell'opera, ma implica una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio - economica, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla stessa opzione - zero⁴⁸⁴; per

suo profilo, e finanche degli aspetti scientifico naturalistici (come quelli relativi alla protezione di una particolare flora e fauna), pur non afferenti specificamente ai profili estetici della zona. A conferma di ciò, occorre ricordare che la Corte Costituzionale (sent. 7 novembre 2007 n. 367), ha affermato che "lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali che contiene, è di per sé un valore costituzionale", da intendersi come valore "primario" (Corte Cost., sentt. nn. 151/1986; 182/2006), e "assoluto" (sent. n. 641/1987).

⁴⁸³ Oltre alla VIA viene in rilievo un altro tipo di schema autorizzatorio che si riferisce agli interessi ambientali, si tratta della autorizzazione integrata ambientale. Mentre la valutazione d'impatto ambientale si sostanzia in una complessa e approfondita analisi comparativa tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto dal progetto rispetto all'utilità socio-economica dallo stesso ritraibile, tenuto conto anche delle alternative possibili e dei riflessi sulla c.d. opzione zero, investendo propriamente gli aspetti localizzativi e strutturali di un impianto e, più in generale, dell'opera da realizzare, la autorizzazione integrata ambientale, introdotta nel nostro ordinamento in attuazione della direttiva 96/61/CE relativa alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento, è atto che sostituisce, con un unico titolo abilitativo, tutti i numerosi titoli che erano invece precedentemente necessari per far funzionare un impianto industriale inquinante, assicurando così efficacia, efficienza, speditezza ed economicità all'azione amministrativa nel giusto temperamento degli interessi pubblici e privati in gioco e incide, quindi, sugli aspetti gestionali dell'impianto Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 975; Cons. St., sez. V, 02 ottobre 2014, n. 4928).

⁴⁸⁴ La giurisprudenza ha chiarito che se tali principi operano in materia di VIA - ossia con riferimento a una procedura che si riferisce a singoli intervenuti - essi sono a fortiori predicabili con riguardo alla VAS, che per sua stessa natura si colloca nel momento, anteriore, in cui l'amministrazione è chiamata a compiere le scelte strategiche in tema di assetto del territorio, valutando comparativamente i costi e i benefici delle diverse alternative pianificatorie. Ne deriva che una valutazione che si limiti a riscontrare la compatibilità ambientale dei singoli ambiti di trasformazione e gli effetti migliorativi

tale motivo è stato chiarito che la VIA non può che concernere la progettazione definitiva, dovendo individuare in concreto tutte le problematiche ambientali dell'intervento, inclusi gli effetti cumulativi dei diversi profili ambientali⁴⁸⁵. Da ciò deriva che la natura discrezionale della decisione finale (e della preliminare verifica di assoggettabilità), sul versante tecnico e anche amministrativo, rende fisiologico, coerentemente con la ratio dell'istituto, che si pervenga a una soluzione negativa tutte le volte in cui l'intervento proposto cagioni un sacrificio ambientale superiore a quello necessario per il soddisfacimento dell'interesse diverso sotteso all'iniziativa⁴⁸⁶. L'analisi deve essere, quindi, svolta considerando l'unitarietà dell'intervento nel suo complesso, essendo l'opera finale a incidere sul bene ambiente⁴⁸⁷. Ne discende la possibilità di bocciare progetti che arrechino un *vulnus* non giustificato da esigenze produttive, ma suscettibile di venir meno, per il

che si reputano attribuibili a ciascuna delle trasformazioni previste, individualmente considerate, senza valutare effettivamente il costo ambientale delle stesse in termini di esaurimento delle disponibilità di suolo e senza ponderare effettivamente le alternative praticabili, deve considerarsi carente.

⁴⁸⁵ Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 361.

⁴⁸⁶ Il giudizio di compatibilità ambientale, pur reso sulla base di oggettivi criteri di misurazione sindacabili dal giudice, è caratterizzato da profili intensi di discrezionalità sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo e della ponderazione rispetto all'interesse dell'esecuzione dell'opera; tale apprezzamento è sindacabile dal giudice amministrativo, nella pienezza della cognizione del fatto, in ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti, nei casi in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato. In altri termini, non può disconoscersi che le valutazioni tecniche complesse rese in sede di VIA sono censurabili per macroscopici vizi di irrazionalità proprio in considerazione del fatto che le scelte dell'Amministrazione, che devono essere fondate su criteri di misurazione oggettivi e su argomentazioni logiche, non si traducano in un mero meccanico giudizio tecnico, in quanto la valutazione d'impatto ambientale, in quanto finalizzata alla tutela preventiva dell'interesse pubblico, presenta profili particolarmente elevati di discrezionalità amministrativa, che sottraggono al sindacato giurisdizionale le scelte effettuate dall'amministrazione che non siano manifestamente illogiche o incongrue (Tar Lazio, Roma, sez. I, 1 dicembre 2017, n. 11921).

⁴⁸⁷ Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36.

tramite di soluzioni meno impattanti in conformità al criterio dello sviluppo sostenibile e alla logica della proporzionalità tra consumazione delle risorse naturali e benefici per la collettività che deve governare il bilanciamento di istanze antagoniste⁴⁸⁸. In questa direzione, la giurisprudenza comunitaria conferisce alla procedura di VIA, nel quadro dei mezzi e modelli positivi preordinati alla tutela dell'ambiente, un ruolo strategico che evidenzia come la politica comunitaria dell'ambiente consista, innanzi tutto, nell'evitare fin dall'inizio inquinamenti e altri danni all'ambiente, anziché combatterne successivamente gli effetti; assicurando in pratica, la tutela preventiva degli interessi ambientali⁴⁸⁹.

La valutazione ambientale si innesta nella attività di progettazione che ha come finalità quella di realizzare un intervento di qualità e tecnicamente valido, nel rispetto del miglior rapporto tra benefici e costi globali della costruzione, manutenzione e gestione.

Tra i principi ai quali deve essere informata la progettazione vi è quello della minimizzazione dell'impegno di risorse materiali non rinnovabili e il massimo riutilizzo delle risorse naturali impiegate dall'intervento, miglioramento energetico, compatibilità tecnica e ambientale.

Le norme relative agli elaborati progettuali prevedono misure atte a evitare effetti negativi sull'ambiente, sul paesaggio e sul patrimonio storico artistico anche in relazione all'attività di cantiere.

Proprio con riferimento a quest'ultima, l'attività progettuale prevede specifici studi per mitigare ogni sorta di inquinamento.

Di particolare rilevanza nell'ambito del progetto di fattibilità tecnico economica (corrispondente al precedente livello di progettazione preliminare) è la previsione dello studio preliminare sull'impatto

⁴⁸⁸ Cons. St., sez. VI, 22 febbraio 2007, n. 933.

⁴⁸⁹ Corte giust., sez. V, 21 settembre 1999, c392/96; sez. VI, 16 settembre 1999, c435/97.

ambientale⁴⁹⁰. Si tratta di un elaborato che tende ad accertare la compatibilità ambientale dell'intervento e costituisce la messa a punto delle condizioni che consentono un miglioramento della qualità ambientale e paesaggistica del contesto territoriale. In particolare, il nuovo codice (art. 23, comma 6) prescrive che il progetto di fattibilità sia redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche e geognostiche, di verifiche preventive dell'assetto archeologico, di studi preliminari sull'impatto ambientale. Già nella fase di studio, il progetto deve indicare le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, le esigenze di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale. Infine, lo studio deve essere di un livello tale da consentire l'individuazione della localizzazione dell'opera o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.

Nel caso di opere soggette a VIA questa analisi rappresenta uno degli elementi sui quali impennare il successivo studio di impatto ambientale funzionale alla acquisizione della VIA favorevole⁴⁹¹. Nel caso di opere non soggette a VIA, invece, lo studio preliminare sull'impatto ambientale e la sua evoluzione nel progetto definitivo rappresentano il momento fondamentale per la valutazione della compatibilità ambientale dell'opera.

⁴⁹⁰ Il nuovo codice demanda a un successivo decreto del ministero delle infrastrutture l'individuazione del contenuto dei vari livelli di progettazione. Fino al decreto, però, si prevede l'applicabilità delle norme di cui al regolamento di attuazione le quali prevedono che in sede di progettazione preliminare sia adottato lo studio di prefattibilità ambientale. Sulla nuova disciplina della progettazione in materia di opere pubbliche si veda G. MASTRODONATO, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al codice degli appalti*, in *RGED*, 2017, 255; A. DI LIETO, *Commenti ad artt. 23, 24, 25, 26, 27*, in G. Esposito (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2017, 206.

⁴⁹¹ La funzione e i contenuti dello studio di impatto ambientale sono indicati dall'art. 21 e 22 del codice dell'ambiente.

Non solo le valutazioni ambientali vengono in rilievo nel progetto di fattibilità tecnico economica ma anche in quella definitiva con lo studio di impatto ambientale e di fattibilità ambientale. In particolare, lo studio di impatto ambientale viene in rilievo nel caso in cui l'opera sia suscettibile di provocare notevoli variazioni sull'ambiente circostante e indica le misure necessarie alla riqualificazione ambientale e territoriale dell'area in seguito alla costruzione di una determinata opera, partendo dalle indicazioni fornite nel progetto preliminare. Questo studio deve, quindi, permettere il rilascio di tutte le approvazioni e autorizzazioni ambientali. Si tratta di un approfondimento e una verifica delle analisi sviluppate nel progetto di fattibilità tecnico economica, volto a ridurre e a compensare l'intervento sull'ambiente e sulla salute e a migliorare, tramite l'intervento la qualità ambientale e paesaggistica territoriale.

4) Il dibattito pubblico come strumento di gestione dei conflitti nella disciplina delle opere pubbliche.

La emersione degli interessi ambientali, come visto, è divenuto elemento imprescindibile per una corretta realizzazione di infrastrutture pubbliche. Ma proprio per la rilevanza di tali interessi possono spesso sorgere conflitti fra i sostenitori di differenti posizioni. Un efficace strumento di gestione di tali conflitti è rappresentato dalla partecipazione degli interessati nei procedimenti ambientali. Occorre, infatti, rilevare che sia con riferimento al procedimento di VAS sia con rilievo al procedimento di VIA il codice dell'ambiente prevede forme di partecipazione⁴⁹². Con riferimento al

⁴⁹² Sulle forme di partecipazione ai procedimenti ambientali alla luce delle più recenti innovazioni si veda A. RALLO, *Accesso e partecipazione nei procedimenti di valutazione di impatto ambientale*, relazione svolta al Convegno nazionale AIDAmbiente, presso l'Università

procedimento di VAS il codice dell'ambiente prevede (art. art. 12, comma 5) che la preliminare verifica di assoggettabilità venga pubblicata integralmente nel sito *web* dell'autorità competente e la conseguente proposta di piano, con il rapporto ambientale (art. 14) sono pubblicati in Gazzetta Ufficiale al fine di essere sottoposti a consultazione. Una volta pubblicato chiunque può prendere visione della proposta di piano o programma e del relativo rapporto ambientale e presentare proprie osservazioni in forma scritta, anche fornendo nuovi o ulteriori elementi conoscitivi e valutativi.

Come è agevole rilevare il modello di partecipazione previsto si caratterizza per una similitudine con quanto previsto dalle norme in materia di pianificazione urbanistica e territoriale. Per cui il codice dell'ambiente prevede in attuazione dei principi di economicità e di semplificazione, che le procedure di deposito, pubblicità e partecipazione, eventualmente previste dalle vigenti disposizioni anche regionali per specifici piani e programmi, si coordinano con quelle di cui al presente articolo, in modo da evitare duplicazioni.

Un diverso e innovativo modulo di partecipazione viene previsto dalle norme in materia di VIA. Infatti, codice dell'ambiente prevede l'istituto dell'inchiesta pubblica. Il modello è più complesso rispetto a quello previsto per la VAS: il progetto viene pubblicato su sito *web* dell'autorità competente ed entro il termine di sessanta giorni chiunque abbia interesse può prendere visione del progetto e della relativa documentazione e presentare le proprie osservazioni all'autorità competente, anche fornendo nuovi o ulteriori elementi conoscitivi e valutativi. All'esito della consultazione l'amministrazione può anche decidere di ripubblicare il progetto per un'ulteriore fase di consultazione.

degli studi del Molise in data 13 aprile 2018.

L'innovazione più significativa, però, è quella prevista dall'art. 24 bis, introdotto da d.lgs. 107/2017 secondo il quale è data facoltà all'amministrazione di svolgere la consultazione con la forma dell'inchiesta pubblica. L'inchiesta si conclude con una relazione sui lavori svolti e un giudizio sui risultati emersi, predisposti dall'autorità competente.

La previsione del modulo procedimentale dell'inchiesta pubblica in via generale per i procedimenti di VIA trova il suo corrispettivo nell'ambito della disciplina in materia di opere pubbliche nell'art. 22 del codice che prevede la sottoposizione a dibattito pubblico i progetti di fattibilità (i vecchi progetti preliminari) relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale⁴⁹³. In particolare, le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio verranno sottoposte obbligatoriamente a un dibattito pubblico che ha come sbocco quello di raccogliere le osservazioni da parte delle amministrazioni interessate e dei soggetti pubblici e privati portatori di interessi. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede

⁴⁹³ Sul dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti si veda M. IMMORDINO, *Commento ad art. 22*, in G. Esposito (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit. 191; V. MANZETTI, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, 2017; G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urb. app.* 2018, 604. La forma partecipativa del dibattito pubblico si ispira all'esperienza della *Commission National du Débat Public* (CNDP) francese, ove costituisce una fase della procedura di sviluppo dei progetti infrastrutturali a grande impatto ambientale. L'istituto del dibattito pubblico non trova alcun riferimento né nelle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE né nella previgente normativa. È stato previsto per la prima volta dall'articolo 1, lett. qqq), della legge delega al Codice dei contratti 28 gennaio 2016, n. 11, che ha disposto l' "introduzione di forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio, prevedendo la pubblicazione on line dei progetti e degli esiti della consultazione pubblica; le osservazioni elaborate in sede di consultazione pubblica entrano nella valutazione in sede di predisposizione del progetto definitivo".

di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera. Si tratta, quindi, di un subprocedimento che si innesta nella fase di progettazione dell'opera pubblica e ha la finalità di tentare di risolvere le gravi criticità legate agli eventuali costi per la collettività della realizzazione di un'opera strategica prima che venga definita la progettazione stessa⁴⁹⁴. Ciò in ottica di prevenzione, non solo degli eventuali danni ambientali derivanti dall'opera, ma anche dei danni economici e costi in termini di sviluppo del territorio relativi al blocco della realizzazione di opere per dissensi intervenuti successivamente alla definizione del progetto e all'avvio della sua realizzazione.

Tale ottica preventiva emerge chiaramente se si considera che il dibattito pubblico ha a oggetto il progetto di fattibilità dell'opera ovvero il documento di fattibilità delle alternative progettuali dell'opera stessa, che come visto, si considerano i documentai da porre a fondamento della successiva attività di progettazione.

Il legislatore, infatti, si è reso conto che i costi sociali ed economici relativi alla realizzazione di una infrastruttura strategica di forte impatto ambientale risultano essere sicuramente maggiori allorché il progetto non sia stato condiviso dalla comunità locale dei cittadini insistenti sul territorio.

Occorre rilevare che l'inchiesta pubblica prevista nel codice dell'ambiente e il dibattito pubblico di cui al codice dei contratti hanno un differente ambito applicativo sia con riferimento alle categorie di opere sia con riguardo al perimetro delle valutazioni da effettuare. Mentre il dibattito pubblico si riferisce alle opere c.d. strategiche, l'inchiesta pubblica riguarda una più ampia serie di progetti sia pubblici sia privati sottoposti a VIA⁴⁹⁵. Con riferimento al perimetro

valutativo, il dibattito previsto dal codice dei contratti non ha a oggetto solo le valutazioni relative all'impatto dell'opera sull'ambiente ma anche "sulle città e sull'assetto del territorio". In sostanza, nel dibattito pubblico potrebbero rientrare anche considerazioni di tipo economico e sociale, che, invece, rimangono fuori dalla inchiesta pubblica sulla VIA.

Infine, è possibile che un'opera non rientri né nell'ambito delle opere strategiche né in quello dei progetti sottoposti a VIA e perciò rimanga esclusa qualsiasi forma di partecipazione pubblica diffusa.

Non sembra poter risolvere tale problema la norma di cui al comma 2 dell'art. 24 bis del codice dell'ambiente secondo la quale per i progetti per i quali non sia stata svolta la procedura di dibattito pubblico di cui al codice dei contratti è data facoltà all'amministrazione competente di consentire l'inchiesta pubblica qualora venga richiesto dal consiglio regionale della Regione territorialmente interessata, ovvero da un numero di consigli comunali rappresentativi di almeno cinquantamila residenti nei territori interessati, ovvero da un numero di associazioni riconosciute ai sensi dell'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, rappresentativo di almeno cinquantamila iscritti. Tale norma, infatti, si riferisce solo all'ipotesi nella quale per alcune opere pubbliche non sottoposte a dibattito pubblico, ma rientranti nell'ambito di applicazione VIA, possano essere altri soggetti a richiedere tale forme di consultazione.

A dire il vero, la circostanza che vi siano casi di progetti di opere non sottoposte a forme di consultazione diffusa non appare un problema particolarmente grave e anzi risponde a un principio di ragionevolezza: le citate forme di partecipazione, infatti, hanno senso solo nelle ipotesi di opere la cui realizzazione possa creare un particolare "allarme" per la comunità locale. Altrimenti, sottoponendo a forme

⁴⁹⁴ G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, op.cit., 606.

⁴⁹⁵ Il D.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76, recante "Modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali

delle opere sottoposte a dibattito pubblico" ha previsto la sottoposizione al dibattito pubblico di opere con soglie dimensionali elevate.

di dibattito qualsiasi tipologia di opera, si correrebbe il rischio di rallentare notevolmente la realizzazione di infrastrutture utili per la comunità.

La disciplina del dibattito pubblico ha ricevuto completa attuazione con il D.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76, recante “modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico”⁴⁹⁶. Con tale disciplina si prevede l’istituzione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico presso il ministero delle infrastrutture⁴⁹⁷. La Commissione ha le funzioni di formulazione di raccomandazioni sull’applicazione dell’istituto, di monitoraggio e di vigilanza sullo svolgimento delle procedure⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Sullo schema di decreto attuativo recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico è intervenuto il Consiglio di Stato con il parere della commissione speciale 12 febbraio 2018, n.359.

⁴⁹⁷ La Commissione ha una composizione mista Stato, Regioni ed enti locali.

⁴⁹⁸ In particolare, alla Commissione sono attribuite le seguenti funzioni: “a) monitora il corretto svolgimento della procedura di dibattito pubblico e il rispetto della partecipazione del pubblico, nonché la necessaria informazione durante la procedura; b) propone raccomandazioni di carattere generale o metodologico per il corretto svolgimento del dibattito pubblico; c) garantisce che sia data idonea e tempestiva pubblicità ed informazione, anche attraverso la pubblicazione su apposita sezione del sito internet del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in ordine alle determinazioni adottate per il funzionamento della Commissione, alle modalità della procedura del dibattito pubblico, ai pareri resi, alla documentazione tecnica riguardante l’intervento oggetto del dibattito pubblico nonché ai risultati delle consultazioni in corso o concluse; d) organizza le attività di cui alle lettere a) e c) a livello territoriale, con il coinvolgimento attivo degli enti territoriali interessati dalla realizzazione dell’opera che segnalano alla Commissione eventuali criticità relative alle modalità operative e tecniche di svolgimento del dibattito pubblico e collaborano al fine di individuare le soluzioni migliori per le comunità locali; e) presenta al Governo e alle Camere, entro il 30 giugno con cadenza biennale, una relazione sulle risultanze delle attività di monitoraggio svolte nel biennio precedente, evidenziando le criticità emerse nel corso delle procedure di dibattito svolte, suggerendo, altresì, soluzioni finalizzate ad eliminare eventuali squilibri nella partecipazione nonché a promuovere forme di contraddittorio quali momenti di interazione costruttiva”.

Figura centrale del procedimento è il coordinatore del dibattito pubblico, che è possibile definire il responsabile di tale particolare fase, al quale sono attribuite rilevanti funzioni nella conduzione del procedimento sino a quella concernente la redazione della relazione finale sulla procedura⁴⁹⁹. La differenza fondamentale con la figura del responsabile del procedimento è che il coordinatore non è espressione dell’amministrazione decidente come, invece, previsto dalla legge n. 241/1990. Il regolamento, infatti, prescrive che il responsabile svolga la propria attività con responsabilità e autonomia professionale; da ciò deriva che sussiste una netta distinzione fra il soggetto che valuta il progetto in dibattito pubblico e l’amministrazione interessata. Sul punto occorre osservare che anche la norma in materia di designazione conferma la volontà di tenere distinti i due ruoli. Infatti, l’art. 6 del regolamento prevede che il coordinatore sia individuato su richiesta dell’amministrazione aggiudicatrice dal Ministero competente per materia tra i suoi dirigenti. Se l’amministrazione aggiudicatrice è un Ministero, il coordinatore viene designato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri tra i dirigenti delle pubbliche amministrazioni estranei al Ministero interessato. Se non sia possibile individuare dirigenti pubblici in grado di ricoprire tale ruolo, il coordinatore deve essere selezionato tra professionisti con una procedura a evidenza pubblica finalizzata all’aggiudicazione di un appalto di servizi.

⁴⁹⁹ Ai sensi dell’art 6, comma 6 del regolamento il coordinatore individua le modalità di svolgimento del dibattito pubblico stabilendo anche i temi di discussione; governa lo svolgimento del procedimento stabilendo il calendario degli incontri e le modalità di partecipazione e comunicazione al pubblico; valuta, la richiesta di integrazioni e modifiche al dossier di progetto; favorisce il confronto tra tutti i partecipanti al dibattito coinvolgendo anche tecnici; attua il piano di comunicazione e informazione al pubblico; segnala alla Commissione eventuali anomalie nello svolgimento del dibattito; redige la relazione conclusiva del dibattito pubblico.

Il regolamento descrive le modalità operative di svolgimento del dibattito pubblico. Questo si avvia con la presentazione e la contestuale pubblicazione del dossier di progetto dell'opera ed è organizzato e gestito in relazione alle caratteristiche dell'intervento e alle peculiarità del contesto sociale e territoriale di riferimento: esso consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni.

La fase conclusiva del dibattito è caratterizzata dalla presentazione della relazione da parte del coordinatore che contiene la sintesi dei temi, in modo imparziale, trasparente e oggettivo, delle posizioni e delle proposte emerse nel corso del dibattito nonché la descrizione delle questioni aperte e maggiormente problematiche sulle quali si chiede alla amministrazione di prendere posizione nel documento finale.

Tale relazione, non ha un valore di predecisione e non contiene alcuna proposta in relazione alle soluzioni da adottare. Da questo punto di vista i poteri del coordinatore si diversificano rispetto a quelli del responsabile del procedimento di cui alla legge 241/1990 il quale, invece, può formulare proposte di provvedimenti da adottare. Ciò è frutto della differente collocazione del coordinatore rispetto al responsabile del procedimento: il coordinatore, infatti, è collocato in una posizione di indipendenza rispetto all'amministrazione procedente.

L'atto conclusivo del subprocedimento di dibattito pubblico, quindi, non spetta al coordinatore ma alla amministrazione aggiudicatrice che deve redigere il dossier finale, di cui la relazione fa parte integrante. Attraverso l'atto finale si valutano i risultati e le proposte emersi nel corso del dibattito pubblico e si "evidenzia la volontà o meno di realizzare

l'intervento, le eventuali modifiche da apportare al progetto e le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte" (art. 7, comma 1 lett.d, del regolamento). È chiaro che nel dossier finale, qualora l'amministrazione ritenga di rifiutare proposte intervenute in sede di dibattito pubblico, devono essere adeguatamente indicate e motivate le ragioni di tale rifiuto.

Il dossier finale è uno dei documenti di cui l'amministrazione aggiudicatrice deve tener conto nel corso della procedura di approvazione del progetto. Infatti, l'art. 22 comma 4 del codice dei contratti prevede che gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte siano valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e siano discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

Una volta concluso il subprocedimento di dibattito pubblico, le eventuali criticità emerse sono sottoposte a una nuova fase di valutazione, questa volta coinvolgente tutte le amministrazioni pubbliche titolari della tutela di interessi pubblici nel procedimento di approvazione del progetto. Infatti, in sede di conferenza di servizi riemergono tutti gli interessi sensibili, non solo quelli ambientali, che possono essere lesi dalla realizzazione dell'opera pubblica. Anche tale valutazione, così come nella fase di dibattito pubblico, viene effettuata sul progetto nella sua fase preliminare al fine di risolvere tutti i potenziali conflitti fra interessi divergenti prima che il progetto venga ulteriormente specificato e, quindi, approvato.

5) La conferenza di servizi come momento di emersione degli interessi sensibili nell'ottica della prevenzione.

La logica della prevenzione nella fase di progettazione delle opere pubbliche emerge con chiarezza non solo allorché si tratti di redigere un progetto o di

discuterne i contenuti con la cittadinanza, ma anche nella delicata fase della sua approvazione. Proprio con riferimento all'approvazione del progetto, infatti, viene in rilievo l'istituto della conferenza di servizi che consente l'emersione e l'ulteriore ponderazione degli interessi sensibili al fine di rinvenire le migliori soluzioni che consentano l'approvazione dello stesso e, quindi, il suo ulteriore sviluppo.

Sono fin troppo noti il dibattito sulla natura giuridica della conferenza di servizi nonché le vicissitudini dell'istituto legate alle sue innumerevoli riforme per poterne dare conto in questa sede⁵⁰⁰.

Infatti, la conferenza di servizi ha rappresentato una autentica rivoluzione nel modo di concepire l'azione della pubblica amministrazione⁵⁰¹ costituendo il simbolo della modificazione dei paradigmi consueti del diritto amministrativo⁵⁰². È istituto che ha avuto come obiettivo quello di adeguare la funzionalità dell'amministrazione alla "sfida della complessità"⁵⁰³, con l'evidente scopo di snellire i tempi della procedura concentrandone l'esito in un unico provvedimento⁵⁰⁴. Inoltre, ha profondamente innovato le modalità attraverso le quali le pubbliche amministrazioni determinano la loro volontà provvedimentale alterando la tradizionale regola di esercizio dei poteri discrezionali⁵⁰⁵. Ma proprio tali innovative

caratteristiche sono state causa della vita travagliata della conferenza di servizi. Infatti, si è dimostrato estremamente difficoltoso prevedere efficaci meccanismi di coordinamento e composizione delle posizioni delle pubbliche amministrazioni coinvolte nei complessi procedimenti amministrativi oggetto di valutazione attraverso la conferenza di servizi. Da ciò le numerose incertezze normative in relazione alla individuazione delle modalità per la conclusione della conferenza e per il superamento dei dissensi espressi dalle amministrazioni interessate.

I punti che interessano ai fini del presente lavoro riguardano il ruolo della conferenza di servizi nella progettazione e le modalità attraverso le quali vengono ponderati gli interessi sensibili ai fini dell'affermazione del principio di prevenzione.

L'art. 27 del codice dei contratti richiama espressamente le norme di cui alla legge 241/1990 sulla conferenza di servizi e, in particolare, l'art. 14 bis, della citata legge, secondo il quale nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto di fattibilità, al fine di indicare le condizioni per ottenere, in relazione al progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa.

Nella logica preventiva è sicuramente rilevante la circostanza che la conferenza si pronunci su progetti che ancora si devono sviluppare e dettagliare e che in tale sede, secondo anche quanto previsto dal codice dei contratti, si debbano risolvere tutti i conflitti tra le amministrazioni e i soggetti coinvolti nella realizzazione dell'opera. In tal senso, è significativo il dettato dell'art. 27 del codice dei contratti allorché prevede che tutte le amministrazioni e i soggetti invitati, compresi gli enti gestori di servizi pubblici a rete per i quali possono riscontrarsi interferenze con il progetto, siano obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e sul tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative,

⁵⁰⁰ Sulla ultima riforma della conferenza di servizi si vedano: L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016 n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12 ss.; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *Federalismi.it*, 2016; Id., *La conferenza di servizi*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 457; G. SORICELLI, *La natura giuridica della conferenza di servizi dopo la riforma Madia*, in *Federalismi.it*, 2016; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 704.

⁵⁰¹ F.G. SCOCA., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 262.

⁵⁰² S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 621.

⁵⁰³ D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.

⁵⁰⁴ G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, cit., 704.

⁵⁰⁵ Si veda sul tema alla luce delle recenti modifiche legislative G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107.

nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto. In sede di conferenza gli enti gestori di servizi pubblici a rete forniscono anche il cronoprogramma di risoluzione delle interferenze. La norma, poi, prevede che le conclusioni adottate dalla conferenza in merito alla localizzazione o al tracciato, nonché alla risoluzione delle interferenze e alle opere mitigatrici e compensative, una volta risolte eventuali questioni relative alla gestione del dissenso non possano essere modificate in sede di approvazione dei successivi livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo progetto di fattibilità.

In tale modo, la norma del codice dei contratti pubblici intende blindare quanto deciso in seno alla conferenza di servizi e, di conseguenza, prevedere una definitiva risoluzione dei conflitti, di qualsiasi natura, che intervengono sul progetto. È chiaro che in questa sede, proprio per dirimere qualsiasi tipo di conflitto, la conferenza dovrà tenere in debito conto quanto emerso in sede di dibattito pubblico e adeguatamente motivare su scelte contrastanti con le proposte e le osservazioni intervenute durante tale subprocedimento.

Di conseguenza, a meno che non vengano in rilievo eventi imprevedibili, le soluzioni progettuali uscite dalla conferenza di servizi non dovrebbero essere più messe in discussione.

Se la logica della prevenzione contraddistingue l'iter di approvazione di progetti nella conferenza di servizi, occorre verificare se tale logica sovrintende anche alle nuove modalità di gestione dei dissensi qualificati.

Certamente risponde alla logica preventiva la circostanza che l'interesse ambientale sia considerato come primario e che, quindi, il dissenso espresso da un'amministrazione portatrice di tale interesse debba essere trattato in maniera differente rispetto agli altri atti di dissenso.

A tal fine la soluzione adottata in precedenza è stata quella di prevedere un

potere sostitutorio a livello politico (Consiglio dei ministri), che risolveva la questione con un atto definito espressamente di alta amministrazione⁵⁰⁶. Si trattava di un bilanciamento fra gli interessi sensibili, primo fra tutti quello dell'ambiente, con altri interessi che potevano essere altrettanto costituzionalmente rilevanti, si pensi allo sviluppo economico e al lavoro, effettuato correttamente in sede politica. La soluzione veniva individuata prima che dell'adozione dell'atto finale della conferenza di servizi. In tal modo, in ottica preventiva, tutti i conflitti venivano risolti prima di adottare una qualsiasi decisione finale.

Tale meccanismo è stato radicalmente modificato⁵⁰⁷. Come è noto, la nuova normativa in materia prevede che la conferenza di servizi adotti comunque una decisione la cui immediata efficacia viene sospesa se siano stati espressi dissensi

⁵⁰⁶ Recentemente, la Corte di Cassazione (Cass. civ., sez. un., 16 aprile 2018, n. 9338) ha precisato che il dissenso motivato espresso, in sede di conferenza di servizi, da un'amministrazione preposta alla tutela di un interesse sensibile determina, ai fini dell'esercizio del potere provvedimento, un difetto assoluto di attribuzione alla pubblica amministrazione procedente la quale, ove intenda comunque insistere, deve necessariamente rimettere la decisione al consiglio dei ministri, cui spetta la competenza a decidere ex art. 14 *quater* l. n. 241 del 1990, indipendentemente da qualsivoglia riserva espressa dalla conferenza in ordine a tale rimessione o dalla valutazione degli interessi coinvolti. Tale conclusione è destinata a essere superata dalle modifiche legislative in materia di gestione del dissenso, però è sicuramente interessante la qualificazione e il peso che la Corte ha attribuito al dissenso qualificato come presupposto fondante del potere di decisione dell'amministrazione procedente.

⁵⁰⁷ Si veda sul punto F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle cd. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb.app.*, 2016, 11; M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questione di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urb.app.*, 2016, 129; P. MARZARO, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17 bis l. n. 241 del 1990, dopo l'intervento del consiglio di stato - Rilevanza dell'istituto nella co-gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 10; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 699; G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PPAA. e nella conferenza di servizi*, in *RGED*, 2017, 305.

qualificati. Nessun dissenso, quindi, può impedire l'adozione del provvedimento finale. Successivamente, entro dieci giorni dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità possono proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza. Se l'intesa non viene raggiunta la questione sarà rimessa al Consiglio dei ministri, il quale respingendo l'opposizione farà acquisire immediata efficacia alla delibera della conferenza.

Occorre chiedersi se tale innovativo meccanismo consenta una accurata valutazione delle ragioni del dissenso su interessi sensibili. Sul punto si osserva che la ratio fondamentale della riforma è stata quella di semplificare il meccanismo decisionale. Infatti, la conferenza si conclude sempre con un provvedimento finale. Tale intento viene ulteriormente in evidenza allorché si rifletta sulla circostanza che la fase di risoluzione del conflitto con la riforma ha assunto una natura eventuale legata alla proposizione della opposizione. A dire il vero l'eventualità della fase oppositiva nei fatti potrà essere attenuata allorché si consideri che ben difficilmente un'amministrazione si discosterà dal dissenso espresso, solo dieci giorni prima, in seno alla conferenza di servizi. Sul punto, però, recente dottrina ha osservato che il meccanismo così delineato non assicura agli interessi primari quella garanzia minima di salvaguardia del nucleo essenziale dell'interesse sensibile, ciò anche alla luce della circostanza che l'opposizione viene proposta, per le amministrazioni statali, dal Ministro competente il quale ben potrebbe smentire il "dissenso" espresso in seno

alla conferenza dai propri organi tecnici⁵⁰⁸. Secondo tale ricostruzione, poiché sussiste la separazione tra attività di indirizzo e quella di gestione, il vaglio del Ministro potrebbe essere ritenuto non come mero riesame del diniego, con esclusivo riferimento all'interesse curato dal proprio Ministero, ma come filtro politico rispetto alla scelta di far valere il dissenso (in materie, tra l'altro, di regola connotate da alto tasso di discrezionalità tecnica), anticipando valutazioni politico-amministrative al momento della proposizione dell'opposizione.

Nella sostanza l'opposizione si connoterebbe di una valenza politica, peraltro non necessariamente legata alle valutazioni di competenza del ministero cui spetta tale facoltà.

Il tema è di interesse e ripropone il dilemma del possibile contrasto, mai sopito, fra centro decisionale politico e amministrativo.

Per quanto la decisione di opposizione possa essere rimessa all'organo politico si ritiene il dissenso qualificato, prima di essere espresso, debba essere frutto di un'attenta valutazione non solo tecnica in sede ministeriale e che, una volta espresso porterà nella maggior parte dei casi alla proposizione di un atto di opposizione. Sarebbe, infatti, ben difficile anche per il Ministro sconfessare l'indirizzo tecnico amministrativo dichiarato in seno alla conferenza di servizi. Inoltre, il Ministro nel decidere se proporre opposizione pone in essere valutazioni che riguardano esclusivamente il dissenso proposto dalla sua amministrazione e non pone in essere alcun filtro politico relativo a ulteriori interessi coinvolti. Il luogo deputato per operare valutazioni sia tecniche sia politiche in relazione alla risoluzione delle controversie rimane sempre il Consiglio dei ministri; si ritiene, pertanto, che tali valutazioni non possano essere anticipate

⁵⁰⁸ G. MARI, *op. cit.*, 305. Sul punto si veda anche F. SCALIA, *Prospettive*, cit., 653.

alla fase di decisione in ordine alla proposizione della opposizione. Un eventuale nuovo indirizzo radicalmente difforme da quanto espresso in seno alla conferenza di servizi dovrebbe essere adeguatamente motivato dal Ministro "dissenziante sul dissenso", così come accade tutte le volte in cui l'organo della pubblica amministrazione competente ad adottare il provvedimento finale ritiene di non dover seguire le risultanze istruttorie raggiunte da responsabile del procedimento amministrativo. Ciò, peraltro, comporta che il diniego di proporre opposizione potrebbe essere oggetto di impugnazione dinanzi al giudice amministrativo per palese contraddittorietà con il provvedimento di dissenso espresso solo dieci giorni prima. Al di là di queste considerazioni, la soluzione legislativa sembra aver individuato un buon punto di equilibrio. Infatti, una volta proposta opposizione viene, come in passato, garantita un'adeguata e accurata valutazione delle ragioni del dissenso evidenziate da amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili e al tempo stesso rappresenta una soluzione che potrebbe comportare una semplificazione delle decisioni. Infatti, il rimedio oppositivo, eventuale e successivo, consente da un lato di semplificare la procedura, poiché interviene a deliberazione già acquisita e dall'altro comunque di valutare in sede "politica" le ragioni degli interessi delle amministrazioni dissenzienti se l'intesa con le amministrazioni dissenzienti non viene trovata.

All'esame della conferenza di servizi possano venire in rilievo sia progetti di opere non soggette a VIA sia progetti di opere sottoposte a tale valutazione. In questo secondo caso, si pone un problema di sovrapposizione di procedure. Infatti, il codice dell'ambiente prevede una apposita conferenza per l'acquisizione degli atti di assenso in materia ambientale, ma la normativa del nuovo decreto legislativo che modifica la legge 241/1990 ne sembra

allargare l'ambito di applicazione: infatti, il nuovo art. 14, comma 4, prevede che "qualora un progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale, tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione del medesimo progetto, vengono acquisiti nell'ambito della conferenza di servizi di cui all'articolo 25, comma 3 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152". Si tratta di una notevole misura semplificatoria che consente di prevedere nel procedimento di approvazione del progetto una sola conferenza di servizi. La legge n. 241/1990, infatti, prevede l'integrazione delle due citate conferenze di servizi per cui il giudizio di compatibilità ambientale espresso a seguito dei lavori della conferenza andrà a sostituire tutti gli atti di assenso necessari per l'approvazione del progetto e non solo quelli ambientali necessari per la VIA⁵⁰⁹.

Secondo questa nuova conformazione, quindi, la valutazione dell'impatto ambientale del progetto di opera dal punto di vista funzionale si intreccia con il procedimento di approvazione in seno alla conferenza di servizi del progetto dell'opera pubblica⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Questa conferenza viene convocata ai sensi dell'articolo 14-ter non oltre dieci giorni dall'esito della verifica documentale, di cui all'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo n. 152 del 2006. Ciò consente all'amministrazione di verificare la completezza della documentazione prima di indire la conferenza di servizi e di avviare i lavori della conferenza prima possibile garantendone l'operatività in contemporanea allo svolgimento delle consultazioni previste dalla procedura Via. Il termine per la conclusione della conferenza è quello previsto dal codice dell'ambiente.

⁵¹⁰ La disciplina della conferenza di servizi in materia di VIA non è stata intaccata dalla recentissima decisione della Corte costituzionale 14 novembre 2018, n. 198. In tale sede alcune regioni e province autonome avevano impugnato la nuova normativa in materia di VIA di cui al d.lgs. 194/2017, ritenendo che la previsione di una conferenza di servizi unica in materia di VIA ledesse le competenze regionali sia legislative sia amministrative in materia di rilascio di provvedimenti in materia ambientale. In particolare, si afferma il procedimento delineato sarebbe altresì lesivo del principio di buon andamento ex art. 97 Cost., perché non vi sarebbe alcun coordinamento con altri procedimenti, essendo attribuito a un'unica autorità, priva di competenze tecniche, il relativo potere amministrativo. La Corte,

6) Le normative tecniche per la progettazione: l'esempio della normativa antisismica.

Nell'ambito dell'attività di progettazione, il principio di prevenzione viene in rilievo anche con riferimento all'utilizzo della normativa tecnica come quella antisismica: in questo caso la prevenzione mira ad assicurare la tutela della incolumità pubblica, da conseguire attraverso la sicurezza delle abitazioni, più che la protezione ambientale⁵¹¹.

Se, come detto, la prevenzione tende a stabilisce disposizioni volte a evitare che si produca un danno irreversibile a persone o cose a causa di eventi e comportamenti il cui rischio fattuale è certo, a differenza della precauzione che tende a prevenire rischi in situazioni di incertezza, la normativa antisismica opera proprio nel senso della prevenzione⁵¹².

Infatti, in questo caso non è possibile ritenere applicabile precauzione perché la normativa antisismica, con riguardo alla

rigettando le questioni proposte, ha precisato che la competenza legislativa in materia di tutela dell'ambiente è statale e che "la norma censurata non comporti alcun assorbimento dei singoli titoli autorizzatori necessari alla realizzazione dell'opera. Il provvedimento unico non sostituisce i diversi provvedimenti emessi all'esito dei procedimenti amministrativi, di competenza eventualmente anche regionale, che possono interessare la realizzazione del progetto, ma li ricomprende nella determinazione che conclude la conferenza di servizi" (...) "Esso ha, dunque, una natura per così dire unitaria, includendo in un unico atto i singoli titoli abilitativi emessi a seguito della conferenza di servizi che, come noto, riunisce in unica sede decisoria le diverse amministrazioni competenti. Secondo una ipotesi già prevista dal decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenze di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124) e ora disciplinata dall'art. 24 del decreto legislativo censurato, il provvedimento unico regionale non è quindi un atto sostitutivo, bensì comprensivo delle altre autorizzazioni necessarie alla realizzazione del progetto".

⁵¹¹ A. CROSETTI, *La normativa antisismica quale strumento preventivo dell'incolumità pubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 261. Sulle costruzioni in zona sismica si vedano gli artt. 83 e ss del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico edilizia). Per l'analisi delle recenti modifiche alle norme tecniche in materia di costruzioni in zona sismica si veda E. AMANTE, *Nuove norme tecniche per la costruzioni e zonizzazione sismica*, in *Urb. app.*, 2018, 487.

⁵¹² A CROSETTI, *op. cit.*, 262.

mera potenzialità di un pericolo per l'incolumità pubblica, ritiene superflua ogni indagine sulla sussistenza del pericolo; vi è una presunzione assoluta di pericolo che deriva dalla classificazione di una zona come sismica. Da tale classificazione sorge un pericolo per l'incolumità pubblica e, quindi, scatta la misura preventiva⁵¹³. In questo caso, il principio di prevenzione viene in rilievo sia con riferimento alla fase della compatibilità degli strumenti urbanistici sia con riferimento alla vera e propria progettazione dell'opera. Da ciò deriva il carattere "preventivo" della normativa antisismica. Tale concetto è stato ribadito dalla Corte costituzionale con la decisione 21 febbraio 2017, n. 60 secondo la quale le disposizioni di leggi regionali che intervengono sulla disciplina degli interventi edilizi in zone sismiche devono essere ricondotte all'ambito materiale del "governo del territorio" nonché a quello relativo alla "protezione civile", per i profili concernenti la tutela dell'incolumità pubblica. In particolare, la normativa statale in materia di criteri per l'individuazione delle zone sismiche e per la costruzione in tali zone è orientato ad esigere una vigilanza assidua "attesa la rilevanza del bene protetto, che trascende l'ambito della disciplina del territorio per attingere a valori di tutela dell'incolumità pubblica che fanno capo alla materia della protezione civile, per la quale ugualmente compete allo Stato la determinazione dei principi fondamentali"⁵¹⁴.

⁵¹³ Tale normativa opera per la tutela dell'incolumità pubblica che si può definire (traendo ispirazione dalle norme di carattere penalistico) come un bene giuridico a titolarità diffusa e non personalizzabile giacché è impossibile individuare un titolare esclusivo: la titolarità spetta alla collettività diffusa (interessi adespoti). Le norme antisismiche mirano sia a tutelare l'incolumità e la salute del singolo individuo sia a proteggere la vita, l'integrità fisica e la salute di pluralità indeterminate di persone.

⁵¹⁴ Corte cost. 5 maggio 2006, n. 186. Come noto allo Stato compete la determinazione dei criteri per l'individuazione delle zone sismiche e delle norme tecniche relative alle costruzioni, mentre alle regioni compete la concreta individuazione delle zone sismiche

La dichiarazione di zona sismica ha una immediata ricaduta sui procedimenti di pianificazione urbanistica e territoriale in quanto l'adozione di qualsiasi strumento urbanistico (sia generale sia particolareggiato) deve essere preceduto dal parere obbligatorio dell'ufficio tecnico regionale (già Genio civile): ciò deve avvenire prima dell'adozione ai fini della verifica della compatibilità delle rispettive previsioni con le condizioni geomorfologiche del territorio. Si vuole evitare in via preventiva che le scelte pianificatorie degli enti locali possano collidere con le esigenze di tutela del territorio in considerazione dei rischi geomorfologici del terreno dichiarato sismico.

Ma la prevenzione agisce anche con riferimento alle norme tecniche per la costruzione di edifici previste dal testo unico in materia edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n.380)⁵¹⁵. Anche in questo caso vige una presunzione assoluta di pericolo tanto è vero che le norme tecniche si basano su dettami di una certa scienza specialistica e pongono in via generale le regole di comportamento relative all'attività edilizia, necessarie a garantire stabilità e

e l'aggiornamento di tali elenchi. Tal ripartizione deriva dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (art. 54 e art 93). Tale ripartizione è stata confermata dal testo unico in materia edilizia che, inoltre, prevede l'obbligo di autorizzazione per i lavori da eseguirsi nelle località sismiche, ad eccezione di quelle a bassa sismicità; l'obbligo di previa denuncia per le costruzioni, riparazioni e sopraelevazioni in tutte le zone sismiche, anche a bassa sismicità; mentre nessun adempimento, sostanziale o procedimentale, per le zone non ricomprese nella classificazione sismica.

⁵¹⁵ A. CROSETTI, *La disciplina dell'attività edilizia tra norme regolamentari e norme tecniche*, in *RGED*, 2016, 165. Le norme tecniche diversi gradi di sismicità, definiscono: l'altezza massima degli edifici in relazione al sistema costruttivo, al grado di sismicità della zona ed alle larghezze stradali; le distanze minime consentite tra gli edifici e giunzioni tra edifici contigui; le azioni sismiche orizzontali e verticali da tenere in conto del dimensionamento degli elementi delle costruzioni e delle loro giunzioni; il dimensionamento e la verifica delle diverse parti delle costruzioni; le tipologie costruttive per le fondazioni e le parti in elevazione. Sul punto occorre rilevare che le norme tecniche in materia sismica sono state ridefinite con il d.m. 17 gennaio 2018. Tale normativa tecnica è intervenuta sui requisiti dei materiali utilizzati per uso strutturale e sui coefficienti che determinano le caratteristiche degli elementi portanti degli edifici sia pubblici sia privati.

sicurezza. È stato correttamente rilevato che in questi casi non sussistono spazi di apprezzamento discrezionale, dovendosi utilizzare criteri oggettivi e congrui derivanti dalle scienze ingegneristiche⁵¹⁶. Per cui si tratta di norme precettive sia per le opere pubbliche, sia per le costruzioni private al fine di assicurare un'idonea tutela a tutta una serie di interessi collettivi, quali incolumità, sicurezza, ambiente, salute, con un elevato livello di protezione⁵¹⁷.

Nell'ottica di prevenzione, alla normativa antisismica si aggiungono disposizioni dettate ai fini di ridurre, nei limiti del possibile, le conseguenze dell'evento calamitoso; si tratta di norme che possono considerarsi come di "primo soccorso", emanate nell'immediatezza dell'evento e norme di ripristino anche dal punto di vista socio economico delle zone colpite dell'evento.

Le citate categorie normative introducono il delicato tema del rapporto tra il principio di prevenzione e i suoi strumenti attuativi (come la VIA e la VAS) e le esigenze di celerità connesse alla gestione delle emergenze. Basti pensare al caso delle azioni in materia di protezioni civile e la necessaria sottoposizione di alcuni progetti alla valutazione di impatto ambientale. La VIA rappresenta il centro di gravità del sistema delle tutele ambientali⁵¹⁸ ma nell'ipotesi in cui vi sia da gestire un'emergenza, sia il codice dell'ambiente (art. 6 comma 4) sia la nuova direttiva n. 2014/52/UE del 16 aprile 2014 escludono che le norme in materia di VIA debbano applicarsi ai piani di protezione civile in caso di pericolo per l'incolumità pubblica. La stessa nuova direttiva VIA afferma che "l'esperienza ha dimostrato che, nel caso dei progetti aventi quale unica finalità la risposta alle emergenze che riguardano la protezione civile, l'osservanza della direttiva 2011/92/UE potrebbe avere effetti negativi, segnatamente sull'ambiente, ed è dunque

⁵¹⁶ A. CROSETTI, *La disciplina dell'attività edilizia*, cit., 165.

⁵¹⁷ A. CROSETTI, *La disciplina dell'attività edilizia*, cit., 165.

⁵¹⁸ R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 516.

opportuno, ove del caso, autorizzare gli Stati membri a non applicare la direttiva”(Cons. 20) e che al paragrafo 3: “Gli Stati membri possono decidere, dopo una valutazione caso per caso e se così disposto dalla normativa nazionale, di non applicare la presente direttiva a progetti, o parti di progetti, aventi quale unico obiettivo la difesa o a progetti aventi quali unico obiettivo la risposta alle emergenze che riguardano la protezione civile”. Occorre, però, chiedersi sulla base di quali presupposti la prevenzione deve cedere il passo alle esigenze di celerità derivanti dalla gestione delle situazioni emergenziali. La giurisprudenza amministrativa ha affermato che in caso di calamità per le quali sia stato dichiarato lo stato di emergenza e solo in specifici casi in cui la situazione d'emergenza sia particolarmente urgente al punto da non consentire l'adempimento degli obblighi imposti dalla normativa vigente in materia d'impatto ambientale per garantire la messa in sicurezza di immobili e persone da situazioni di pericolo immediato non altrimenti eliminabile, sono esclusi dalla procedura di valutazione di impatto ambientale singoli interventi disposti in via d'urgenza. In altri termini, la dichiarazione dello stato di emergenza per calamità è condizione necessaria ma non sufficiente per legittimare l'esclusione della procedura di VIA essendo altresì richiesta la presenza di una situazione di emergenza particolarmente urgente nonché la presenza di una situazione di pericolo immediato non altrimenti eliminabile. Va da sé che la sussistenza dei presupposti per escludere la procedura di VIA devono essere puntualmente indicati nell'ambito del procedimento svolto senza esperire la valutazione di impatto ambientale e devono trovare stretta connessione con il concreto dato emergenziale⁵¹⁹.

⁵¹⁹ Tar Lazio, sez. III, 3292/2010 la fattispecie riguardava la costruzione di un intero nuovo paese nelle vicinanze del precedente agglomerato senza tuttavia espletare la necessaria procedura di via; se la presenza di un pericolo immediato non altrimenti eliminabile per la messa in sicurezza di persone ed immobili è ipotizzabile con riferimento alla necessità di delocalizzare un sito, non può certo ritenersi che

. Considerazioni conclusive.

La disamina relativa alle fasi relative alla programmazione e progettazione dei lavori pubblici dimostra come tale disciplina sia pervasa dal principio di prevenzione con riferimento a vari aspetti: in via principale la prevenzione opera sul versante ambientale, su quello della incolumità pubblica e anche, se così si può dire, su quello della razionalizzazione della spesa pubblica allorché viene in rilievo la normativa sulla programmazione.

La precauzione, invece, sembra non trovare adeguato spazio per cui si può affermare che non costituisca un principio ispiratore della disciplina dei lavori pubblici.

In via generale, si può osservare come l'attività di scelta delle pubbliche amministrazioni in tali ambiti venga gradatamente a essere compressa sulla base di indicazioni tecnico scientifiche rispondenti alla logica della prevenzione. Si passa, infatti, da quella che si può definire discrezionalità “programmatoria”, nella quale il principio della prevenzione fornisce una guida anche per decisioni strategiche della pubblica amministrazione fino ad arrivare alla attuazione delle scelte nell'ambito dell'attività di progettazione delle opere pubbliche, comprese quelle relative a progettazioni in particolari condizioni, come nelle zone sismiche, che sono improntate a criteri tecnici e scientifici fondati essenzialmente. In questo caso, il principio di prevenzione è parametro fondamentale non per scelte strategiche ma per scelte tecnico scientifiche.⁵²⁰

sussista senz'altro quando si tratta di individuare un altro sito idoneo presso il quale trasferire la frazione de localizzata; il tema è quello dell'ampiezza del potere delle ordinanze *extra ordinem*, ex art. 5 l. n. 225/1992.

⁵²⁰ La discrezionalità programmatoria assume una veste multiforme con il progredire delle fasi in cui essa si svolge. Infatti, nella fase di selezione o concretizzazione degli interessi, la scelta assume la massima latitudine possibile (similmente a quanto accade nella attività di indirizzo); nella fase di individuazione e predisposizione dei mezzi, la discrezionalità è più limitata deve tenere in debito conto gli interessi individuati e, innanzitutto, operare scelte programmatiche proporzionate e funzionali al raggiungimento delle finalità previste, anche attraverso

Altra conclusione che è possibile trarre dalla analisi effettuata e che gli strumenti giuridici previsti dalla legislazione si possono considerare adeguati per far fronte ai pericoli e ai rischi legati alla realizzazione di interventi infrastrutturali. Tale circostanza, quindi, dovrebbe contribuire a incrementare la politica della realizzazione di infrastrutture pubbliche e non frenare un settore che ha sempre rappresentato un fattore rilevante per la crescita economica. Una efficace politica infrastrutturale, infatti, non ha solo un positivo impatto sul livello occupazionale, ma è indispensabile volano per l'economia nonché fattore di impulso alla modernizzazione di un territorio. Per tali motivi, storicamente la politica infrastrutturale rientra tra i più significativi settori di intervento dei pubblici poteri nell'economia.

Il problema fondamentale in tale settore non risiede tanto nella previsione di adeguati strumenti giuridici quanto piuttosto nei pericoli derivanti dalle carenze di adeguata attività di monitoraggio e controllo nella fase di realizzazione delle opere pubbliche⁵²¹. E ciò a partire alla prima fondamentale fase di controllo in fase esecutiva che riguarda i materiali utilizzati fino ad arrivare alla fase della collaudazione delle infrastrutture. Da tali carenze, infatti, possono derivare conseguenze che spesso si manifestano in maniera drammatica con un forte impatto sulla collettività. L'emergere di tali aspetti patologici dell'attività di esecuzione delle opere pubbliche ha contribuito, in tempi recenti, a incrementare fenomeni di protesta, di opposizione alla costruzione di opere che sono ritenute indispensabili per il progresso economico e sociale. Spesso l'opposizione a interventi che mirano al miglioramento della qualità della vita dei

l'esercizio scelte di tipo tecnico; infine, a seguito della attuazione dei controlli, che hanno anche una funzione correttiva del sistema, la discrezionalità programmatica si restringe ulteriormente, dovendo l'amministrazione operare la correzione della precedente scelta in funzione di quanto emerso dal controllo.

⁵²¹ Sul punto di fondamentale importanza è il d.m. 7 marzo 2018, n. 49, in materia di direzione lavori e di contabilità, adottato in attuazione alle norme del codice dei contratti.

residenti in un territorio sono il frutto di strumentalizzazione politica, ma in altri casi sono rappresentazione delle paure della cittadinanza, paure che si fondano sulla incertezza delle ricadute sull'ambiente e sulla sicurezza stessa della popolazione⁵²². Si tratta di paure che derivano dalla percezione di rischi, e, quindi, pericoli che possono derivare dal turbamento del precedente equilibrio (c.d. sindrome del *Not In My Back Yard*, NINBY, che sembra venire in rilievo a ogni cambiamento più o meno rilevante per lo sviluppo della vita civile e economica degli Stati)⁵²³.

⁵²² Sul tema è fondamentale U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, ristamp. 2017, per l'analisi dei cambiamenti nella società moderna sono stati apportati dal tema del rischio (soprattutto di carattere ambientale), della sua percezione da parte della collettività e della sua gestione. Da tale analisi, posta in essere agli inizi degli anni '80, si percepivano i profondi cambiamenti rispetto ai cardini fondamentali della società moderna fondate sulle rivoluzioni industriali, che avrebbero portato al centro della discussione sociologica la percezione dei rischi e la loro dimensione sociale. Tali cambiamenti avrebbero anche comportato la messa in discussione del valore della scienza e della tecnologia, che proprio quei rischi e quei pericoli hanno introdotto. L'Autore si poneva anche l'interrogativo del ruolo della politica nella società del rischio, ruolo che deve necessariamente essere quello di prevedere e gestire il rischio, prevenire l'emergenza, in rapporto di stretta collaborazione con la scienza e la tecnica. Ma già l'Autore metteva in luce che la scienza, foriera di rischi, aveva perso il monopolio sulla verità. Alla verità scientifica se ne affiancano altre presunte o pseudo scientifiche, verità relative che facendo breccia nella collettività a loro volta possono creare discussioni pericolose e, quindi, altri e più pericolosi rischi. Veniva previsto, inoltre, il ruolo che i nuovi mezzi di comunicazione avrebbero potuto avere in tale contesto, ruolo che oggi appare chiaro considerando la rivoluzione della *Information technology* (IT). Infatti, viene ritenuta di fondamentale importanza la lotta per il monopolio dei flussi informativi, questa viene considerata come il problema centrale per le "aziende" del futuro: "non è difficile prevedere che nelle dispute organizzative del futuro queste lotte di potere per la distribuzione e per il coefficiente di distribuzione dei flussi informativi diventeranno un importante fonte di conflitto" (op. cit., 301).

⁵²³ Si veda G. DE LUCA, *NIMBY, effetto di*, in *Dizionario di Economia e Finanza Treccani* (2012), in www.treccani.it. Si precisa che l'espressione indica l'opposizione di uno o più membri di una comunità locale a ospitare opere di interesse generale sul proprio territorio, pur riconoscendone, a volte, la desiderabilità sociale, mentre in altri casi l'opposizione riguarda opere indesiderate, perché considerate una minaccia alla

L'aumento dei rischi (e, in particolare, di quelli di carattere ambientale) ha, infatti, posto le basi per una diffidenza sempre più profonda nel progresso scientifico e tecnologico e nello sviluppo armonico di progresso scientifico e progresso sociale⁵²⁴.

Tali paure a volte sono indotte, coltivate e amplificate dalla cattiva informazione, da quella che, in termini filosofici e sociologici, viene chiamata "post verità" e che, più comunemente, viene assimilata al fenomeno delle c.d. *fake news*⁵²⁵, laddove le bugie vengono spacciate per verità alternative attraverso la forza virale del *web*⁵²⁶.

Un via per combattere tale pericolosa tendenza è quella di affermare con forza la prevalenza della tecnica e della scienza, il metodo scientifico come colonna portante del progresso, in grado di dimostrare la vacuità di critiche fondate su dicerie e dati falsi e, in secondo luogo, favorire forme di confronto e dibattito pubblico in grado di alimentare lo sviluppo di un pensiero genuinamente critico.

salute o alla sicurezza, oppure perché a essa si associa una riduzione dello *status* di un quartiere o di un'area geografica.

⁵²⁴ U. BECK, *op. cit.*, 280.

⁵²⁵ Per un primo approccio al fenomeno della post verità si veda G. MADDALENA, G. GLI, *Chi ha paura della post verità? Effetti di una parabola culturale*, Genova 2018; M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Bologna 2017.

⁵²⁶ È di tutta evidenza l'effetto dirompente della rivoluzione digitale e soprattutto dello sconvolgimento delle classiche strutture sociali e produttive moderne apportato dall'affermazione del web tanto da far affermare che ci si trova di fronte a una rivoluzione tecnologica, sociale e antropologica di cui non si sono ancora prese le misure, continuando a leggere il modo con le categorie obsolete del Capitale in vece di guardare alla società attuale (postmoderna) con la categoria della "documedialità" caratterizzata dall'unione tra la forza di costruzione immanente alla documentalità e la forza di diffusione insita nella rete (M. FERRARIS, *op. cit.*, 69). L'unione, la connessione fra documenti e media sta trasformando profondamente la nostra società.

AGGREGAZIONE E CENTRALIZZAZIONE DEGLI ACQUISTI PUBBLICI IN ITALIA

Erica Bassano*

Abstract. *This study analyzes the regulatory evolution of public procurement in Italy. The evolutionary phases of the public procurement system are fully explored through Consip and the Aggregators, as well as the main provisions of the Procurement Code, also taking into account the tax and necessary technological innovation in the Public administration.*

Il presente studio analizza l'evoluzione normativa del procurement pubblico in Italia. Vengono compiutamente esplorate le fasi evolutive del sistema degli acquisti pubblici attraverso la Consip e i Soggetti Aggregatori, nonché le principali disposizioni del Codice Appalti, tenendo conto anche della imposta e necessaria innovazione tecnologica nella Pubblica amministrazione.

Sommario: **1.** Il processo di centralizzazione degli acquisti in Italia: la Consip e i Soggetti Aggregatori. **2.** La disciplina codicistica in materia di centralizzazione degli acquisti. **3.** Il ruolo dell'e-Procurement nel piano di azione dell'UE per l'e-Government 2016-2020. **4.** Considerazioni conclusive.

* Dottoranda di ricerca in *Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema* Università degli Studi di Teramo

1. Il processo di centralizzazione degli acquisti in Italia: la Consip e i Soggetti Aggregatori.

Nell'arco di qualche decennio il processo di centralizzazione degli acquisti è stato investito da continue e frammentarie modifiche normative⁵²⁷.

Tra queste, l'origine dispositiva è senza dubbio rinvenibile nel d.lgs. n. 447 del 1997, nonché nella successiva legge 23 dicembre 1999, n. 488.

Oggetto di tali previsioni è stata, infatti, la nascita della Centrale acquisti nazionale: la Consip SpA.

La ratio di tali interventi legislativi è rintracciabile nella diretta attribuzione alla Consip della responsabilità derivante dalle variegata e molteplici fasi del processo di acquisto quali la comprensione/elaborazione dei fabbisogni recepiti, la definizione della documentazione di gara, la gestione della fase di aggiudicazione e dell'eventuale fase di contenzioso, con il costante obiettivo della riduzione degli oneri e dei costi a carico delle singole amministrazioni.

⁵²⁷

In Italia, il tema dell'aggregazione è stato spesso trascurato dalla dottrina. Fra i contributi in argomento di particolare rilevanza, si segnalano W. GASPARRI, *L'evoluzione della disciplina per la concentrazione della domanda di beni e servizi nell'amministrazione*, in D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, 2013; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in www.apertacontrada.it, 2014; F. DI LASCIO, *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014; L. MISCALI, *Il ruolo della centralizzazione della committenza nella nuova fase di programmazione europea*, consultabile su www.lineavcp.it/, 2014; G. MATALUNI, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amministrativo*, p. 2995. Più risalenti, ma di altrettanto interesse si segnalano: M. MENEGUZZO, *Dal New Public Management alla Public Governance: il pendolo della ricerca sulla Amministrazione Pubblica*, in *Azienda Pubblica*, 1995; D. CEPIKU, *Governance: riferimento concettuale o ambiguità terminologica nei processi d'innovazione nella PA?*, in *Azienda Pubblica*, 2005.

Inizialmente costituita per gestire le attività informatiche delle amministrazioni dello Stato, la Consip SpA è approdata ad assumere, mediante l'ampliamento del primordiale oggetto sociale, il ruolo di amministrazione aggiudicataria per l'acquisto di beni e servizi; ciò è stato reso possibile anche attraverso l'efficace e tempestivo ricorso alle tecnologie informatiche.

Esplorato il punto di partenza della centrale di committenza Consip, appare indispensabile indagare i susseguiti molteplici interventi del sistema degli acquisti pubblici in Italia, procedendo per tappe e obiettivi cronologicamente distinti.

Nella stessa legge di Stabilità del 2000⁵²⁸ vennero stabiliti gli obiettivi principali del processo di razionalizzazione della spesa pubblica, tra i quali: la definizione delle strategie di acquisto, la stipulazione di Convenzioni competitive per le PPA.A., la promozione dell'utilizzo dell'*e-procurement*, la creazione degli strumenti di monitoraggio alle PPA.A., nonché la definizione di modelli innovativi di *e-procurement*.

Successivamente, con le leggi di Stabilità 2001, 2002 e 2003⁵²⁹ venne ampliato l'ambito di utilizzo delle Convenzioni Consip, con la precipua individuazione del novero delle amministrazioni pubbliche tenute ad utilizzarle.

Una prima importante novità venne poi registrata, sul modello Consip, nel corso degli anni 2004 e 2005 allorché presero avvio le prime forme di aggregazione della spesa regionale - seppur con differenti profili organizzativi -

⁵²⁸ Si veda la legge n. 488/1999. Con la Legge Finanziaria del 2000 (art. 26) è stato imposto l'obbligo alle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato di ricorrere alle Convenzioni di Consip SpA, che veniva così ad assumere la funzione di amministrazione aggiudicatrice. Consip SpA assumeva l'incarico di stipulare Convenzioni e contratti destinati alle amministrazioni dello Stato per l'acquisto di beni e servizi a condizioni prefissate.

⁵²⁹ Si vedano la legge n. 388/2000 art. 58, la legge n. 488/2001 art. 24 e la legge n. 212/2003 art. 24.

in Emilia-Romagna, Friuli Venezia Giulia e Toscana; tutte, ab origine focalizzate sulla possibile aggregazione e il conseguente monitoraggio della spesa in materia sanitaria.

E' di tutta evidenza come queste primordiali forme di aggregazione giunsero a compimento anticipatamente rispetto all'approvazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 recante il «*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*», con il quale all'articolo 33 venne recepita, a livello nazionale, la possibilità di acquisire lavori, servizi e forniture facendo ricorso alle centrali di committenza.

Soltanto con la legge finanziaria 2007 venne confermata l'avvenuta introduzione nel sistema degli appalti pubblici delle centrali d'acquisto regionali⁵³⁰.

La disciplina a loro dedicata prevedeva l'operatività delle stesse non soltanto per le amministrazioni e gli enti regionali, ma anche per gli enti locali, gli enti del sistema sanitario regionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede all'interno del territorio regionale.

Non può, pertanto, non porsi in evidenza che con la creazione di un 'sistema -modello' nazionale e la proliferazione, via via crescente, dei sistemi regionali è venuto ad istituzionalizzarsi il c.d. sistema a rete⁵³¹, diretto ad armonizzare i piani di razionalizzazione della spesa per gli acquisti pubblici.

La legge finanziaria 2008 venne, poi, ulteriormente a rafforzare il ruolo della Consip conferendole, tra le altre, la funzione di elaborare indicatori e parametri di spesa sostenibile da mettere a disposizione delle altre amministrazioni statali, centrali e periferiche, quali

⁵³⁰ Art.1 commi 455 e 456, legge n. 296/2006.

⁵³¹ L. SPAMPINATO, *Soggetti aggregatori e spending review negli acquisti in sanità*, in *Giornale Italiano di Nefrologia*, 2017, p. 1 ss.

strumenti di supporto nonché di predisporre “*modelli di comportamento secondo canoni di efficienza nell’attività di programmazione degli acquisti di beni e servizi*”⁵³².

Con la medesima legge, il Ministero dell’economia e delle Finanze venne incaricato di individuare annualmente le tipologie dei beni e dei servizi, non ricompresi in convenzioni esistenti, per le quali le amministrazioni statali avrebbero dovuto delegare alla Consip SpA l’espletamento di procedure di gara di importo superiore alla soglia comunitaria.

In tale quadro normativo venne ad innestarsi la legge 13 agosto 2010, n. 136 rubricata “*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*”, laddove all’art. 13 prevedeva espressamente che con successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sarebbero state definite le modalità per la promozione dell’istituzione, in ambito regionale, di una o più Stazioni Uniche Appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l’economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose. Successivamente, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 30 giugno 2011 contribuì a conferire attuazione al disposto di cui sopra stabilendo precipuamente in sei articoli: i) la finalità e le modalità di promozione della SUA; ii) i soggetti aderenti; iii) l’attività e i servizi della SUA; iv) gli elementi essenziali delle convenzioni tra enti aderenti e SUA; v) le forme di monitoraggio e i controlli degli appalti; vi) la collaborazione ed il coordinamento tra le Amministrazioni.

Emerge con estrema limpidezza come nell’intento del legislatore, sin dalla sua originaria costituzione, la Stazione Unica Appaltante avrebbe dovuto assicurare una maggiore professionalità nella gestione

delle procedure di gara e, quindi, un’azione più snella e tempestiva sotto il profilo dell’*agere* amministrativo, creando le condizioni necessarie alla realizzazione di una progressiva semplificazione degli adempimenti e delle procedure, nonché alla minuziosa riduzione del contenzioso di gara e di esecuzione.

E’ lo stesso D.P.C.M. in argomento che all’art. 2, comma 2, venne altresì ad affermare che: “*la SUA ha natura giuridica di Centrale di Committenza e cura, per conto degli enti aderenti, l’aggiudicazione di contratti pubblici per la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e l’acquisizione di forniture svolgendo tale attività in ambito regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale*”.

In tal senso contribuì anche la legge finanziaria 2013⁵³³ laddove con circoscritta previsione venne ad aumentare il novero delle amministrazioni pubbliche i cui processi di approvvigionamento sarebbero dovuti obbligatoriamente intervenire attraverso le Convenzioni o gli Accordi Quadro messi a disposizione dalla Consip e/o dalle centrali di competenza regionali; alternativamente, avrebbero potuto procedere - nel rispetto della normativa vigente - con autonome procedure di gara utilizzando i sistemi telematici di negoziazione predisposti dai soggetti summenzionati.

Dal primo gennaio 2013 vennero, altresì, obbligati ad effettuare - gli acquisti per il tramite delle convenzioni quadro - anche gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative e universitarie⁵³⁴.

Soltanto per gli acquisti di importo inferiore alla soglia comunitaria venne invece esteso a tutte le amministrazioni

⁵³³ Art.1 commi 149 -158, legge n. 228/2012.

⁵³⁴ L.CASTELLANI, F. DECAROLIS, G. ROVIGATTI, *Il Processo di Centralizzazione degli Acquisti Pubblici: Tra Evoluzione Normativa e Evidenza Empirica*, su [www.https://open.luiss.it/files/2017/11/CastellaniDecarolisRovigatti.pdf](https://open.luiss.it/files/2017/11/CastellaniDecarolisRovigatti.pdf), 2017, p. 1 ss.

⁵³² Sul punto si veda la legge finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244.

pubbliche di cui all'articolo 1 comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 e alle Autorità Amministrative Indipendenti l'obbligo di fare ricorso al mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MEPA), gestito da CONSIP, o agli strumenti di *e-procurement* messi a disposizione dalle Centrali Regionali di acquisto⁵³⁵.

Tale vasto ed eterogeneo programma di riassetto ed ammodernamento della Pubblica Amministrazione venne a trovare nuova linfa in seguito alla approvazione del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66⁵³⁶, convertito, con modificazioni dalla legge 23 giugno 2014, n. 89 con il quale venne affermata a livello nazionale l'istituzione di un elenco di Soggetti Aggregatori nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti; in particolare, il comma 5 dell'art. 9, venne a stabilire che: *"Ai fini del perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso la razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e di servizi, le Regioni costituiscono ovvero designano, entro il 31 dicembre 2014, ove non esistente, un soggetto aggregatore secondo quanto previsto al comma 1. In ogni caso il numero complessivo dei soggetti aggregatori presenti sul territorio nazionale non può essere superiore a 35"*.

Attualmente - con la delibera ANAC n. 781 del 4 settembre 2019, in aggiornamento alle precedenti delibere - i componenti l'elenco dei soggetti aggregatori sono 32.

Proseguendo nell'analisi delle fondamentali e più significative tappe, di lì a poco con il DPCM 11 novembre 2014 vennero altresì definiti i requisiti necessari ai fini dell'iscrizione nell'elenco ANAC dei Soggetti Aggregatori.

Così come, ulteriore riferimento nazionale di particolare interesse, venne a concretizzarsi con il DPCM 24 dicembre 2015, laddove ai fini dell'attuazione di quanto previsto all'art. 9, comma 3 del dl n. 66 del 24 aprile 2014 vennero individuate le categorie merceologiche di beni e servizi e le relative soglie di obbligatorietà al superamento delle quali le Amministrazioni - statali centrali e periferiche, nonché le regioni, gli enti regionali, i loro consorzi e associazioni, e gli enti del servizio sanitario nazionale - avrebbero dovuto obbligatoriamente ricorrere ai Soggetti Aggregatori per lo svolgimento delle procedure di acquisto.

Considerata la costante necessità di proseguire ad implementare il sistema di acquisto aggregato, ad integrazione delle categorie e soglie già ricomprese nel sopra citato decreto, sono state recentemente, in seguito all'emanazione del DPCM 11 luglio 2018, individuate ulteriori categorie di beni e servizi, nonché le relative soglie di obbligatorietà.

A tal proposito, è bene precisare che lo stesso art. 9, comma 3 decreto legge 24 aprile 2014 n. 66 in coordinamento con la legge di stabilità 2016 venne altresì a prevedere che l'Autorità nazionale anticorruzione non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma, non ricorrano a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore.

Orbene, tale quadro normativo di riferimento lascia prefigurare come accanto all'attività di indizione e gestione delle procedure di gara aggregate per le categorie previste nell'aggiornato DPCM, attuata mediante una precisa e dettagliata ricognizione dei fabbisogni, sia di spesa sanitaria che di spesa comune, l'attività svolta dai Soggetti Aggregatori è rivolta anche alla gestione di procedure di acquisizione di beni e servizi extra DPCM, agli adempimenti richiesti da ANAC e MEF, nonché alla partecipazione di ciascun Soggetto Aggregatore presso il

⁵³⁵ Art. 328 del D.P.R. n. 207 del 2010.

⁵³⁶ G. FERRARI, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale: primi commenti al D.L. 66/14*, in www.lineavcp.it, 2014, p. 1 ss.; F. RUSSO, *I soggetti aggregatori nel d.l. 66/2014*, in www.personaedanno.it, 2016, p. 2 ss.

Tavolo dei Soggetti Aggregatori il quale ha, tra le altre funzioni, il compito di individuare e proporre alla Presidenza del Consiglio le categorie merceologiche e le soglie di valore al di sopra delle quali è previsto l'obbligo di ricorrere ai Soggetti Aggregatori.

Con notevole stupore, attraverso la legge di Bilancio 2017⁵³⁷ è tornata all'attenzione del legislatore una importante previsione in tema di predisposizione del programma degli acquisti di beni e servizi, che come ben interpretata è stata resa obbligatoria dal nuovo Codice degli appalti in relazione ad acquisizioni di importo pari o superiori a 40mila euro.

A tal uopo, il comma 424 dell'art. 1 prevede espressamente *“l'obbligo di approvazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi, di cui all'art. 21, commi 1 e commi da 6 a 9 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 si applica a decorrere dal bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2018”*.

Di fatto, posponendo l'obbligo di predisposizione e approvazione della programmazione, nonché i connessi adempimenti a carico del RUP a far data dall'esercizio finanziario del 2018.

A completamento di ciò, circa la tanto attesa, quanto criticata attività di programmazione, anche il Consiglio di Stato è giunto ad esprimersi, osservando come la programmazione rispecchia pienamente l'organizzazione dell'attività istituzionale dell'Ente secondo un programma. Prosegue sostenendo che si tratta di un processo che, attraverso aggiustamenti progressivi, deve portare - guidando e responsabilizzando l'amministrazione - a raggiungere maggiori ed elevati livelli qualitativi e quantitativi nella cura dell'interesse pubblico. Così come, aspramente sottolinea quanto dall'analisi specifica di tale elemento emerge che il legislatore, sia a livello comunitario sia a livello

nazionale, ha in passato dedicato maggiore attenzione alla fase della selezione del contraente predisponendo numerose norme di dettaglio, mentre poche norme disciplinavano la fase della programmazione; ciò sul presupposto che la corretta gestione della fase della selezioni assicuri la scelta di un buon contraente e, di conseguenza, un esatto adempimento della prestazione dedotta in contratto⁵³⁸.

Tuttavia, appare d'obbligo evidenziare che le fasi di affidamento e esecuzione del contratto non possano prescindere da una attenta ed adeguata programmazione, alla quale lo stesso legislatore ha dedicato - condivisibilmente - maggiore attenzione. Così come la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione aveva già evidenziato, nella determinazione n. 5 del 6 novembre 2013 - Linee guida su programmazione, progettazione e esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture - che la programmazione non è soltanto un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fase gestionale, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In questo senso la fase della programmazione è volta a garantire una visione d'insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le chance di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione.

Attualmente, al fine di consentire alle Amministrazioni Pubbliche di comunicare

⁵³⁸ A fini di completezza si rinvia direttamente a: Consiglio di Stato, comm. Spec., 13 febbraio 2017, n. 351, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it. Sul tema di particolare rilievo il contributo di U.USAI, *La legge di bilancio 2017 pospone di un anno l'obbligo della predisposizione del programma degli acquisti di beni e servizi*, in *Gazzetta degli Enti Locali*, 2016, p. 1 ss.

⁵³⁷ Legge 11 dicembre 2016, n. 232.

al Tavolo Tecnico dei Soggetti Aggregatori i dati della programmazione biennale degli acquisti di beni e servizi di importo unitario stimato superiore a 1 milione di euro viene reso disponibile, nell'area Soggetti Aggregatori⁵³⁹, il **tracciato standard da utilizzare** e le modalità di trasmissione. Si rende disponibile l'Elenco delle iniziative che consente di conoscere, in dettaglio, lo stato delle iniziative promosse dai Soggetti Aggregatori nei territori di riferimento.

Appare emblematica, altresì, la funzione chiave del Tavolo tecnico dei Soggetti Aggregatori⁵⁴⁰, il quale costituisce un importante strumento di raccordo e pianificazione della programmazione degli acquisti delle PPAAs. La condivisione delle scelte, delle esperienze e delle professionalità, il flusso continuativo e informativo tra le parti, l'integrazione delle attività approdano ad un sistema unico ed integrato.

Se è vero che l'aggregazione della domanda si pone l'obiettivo di ridurre i costi e di aumentare l'efficienza dei processi, è altrettanto indispensabile - come si dirà in seguito - investire in tecnologie al fine di scongiurare il rischio di pratiche non trasparenti.

Orbene, l'analisi storico - funzionale sin qui condotta rende doverose una serie di considerazioni in ordine alle criticità e ai vantaggi circa la complessa attività di centralizzazione e aggregazione della spesa della Pubblica Amministrazione.

Stando all'analisi dei dati e delle informazioni acquisite dall'Autorità

Nazionale Anticorruzione⁵⁴¹, a circa tre anni dall'avvio del sistema di centralizzazione previsto dalla *spending review*, una prima dirimente criticità emerge in ordine all'eterogeneo e variegato panorama che ci si trova dinanzi.

Si tratta, infatti, di un contesto caratterizzato dalla molteplicità dei modelli organizzativi adottati⁵⁴², dalla diversa consistenza di risorse finanziarie e umane e dalla conseguente diversa ripartizione dei compiti e delle funzioni assegnate ed espletate.

Ciò, alla luce delle sfalsate tempistiche di sviluppo e organizzazione dei Soggetti Aggregatori regionali, come brevemente ripercorse in precedenza, non potrebbe essere diversamente; se da una parte alcuni di questi, sorti agli inizi degli anni Novanta, oggi vantano una solidità organizzativa e maturità strutturale tale da consentire migliori scelte strategiche e un avanzamento di qualità professionale in settori e processi ancora poco esplorati, dall'altra altri Soggetti Aggregatori risentono della scarsa esperienzialità e della accentuata confusione organizzativa.

Al contempo sono proprio quest'ultimi, infatti, ad evidenziare ulteriori criticità circa la scarsa condivisione delle esperienze nonostante l'istituzione del Tavolo tecnico dei Soggetti Aggregatori. Lo stesso potrebbe fungere quale sede privilegiata di discussione per

⁵³⁹ In tale ottica è stata istituita un'area dedicata ai Soggetti Aggregatori sul portale web Acquisti in rete www.acquistinretepa.it.

⁵⁴⁰ Il Tavolo dei Soggetti Aggregatori è istituito presso ITACA – Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale. A tal uopo si deve precisare che l'istituto, sin dal 2015, ha individuato anche una serie di elementi guida per l'attuazione degli obblighi di aggregazione della domanda pubblica di cui al decreto legge n. 66 del 2014, consultabile su http://www.itaca.org/soggetti_aggregatori.asp.

⁵⁴¹ Relazione ANAC del avente ad oggetto: "Corte dei Conti – Sezione Riunite in sede di controllo – Richiesta dati ed informazioni di competenza specifica Anac (nota CdC prot. Anac n. 0071180 del 21.8.2018) ai fini della redazione di un nuovo referto al Parlamento avente per oggetto l'informatica pubblica, deliberato con deliberazione n. 12/2017/SS.RR.contr. in data 22 dicembre 2017 della stessa Sezione riunite della Corte", disponibile su https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/RegolazioneContratti/ProposteDiLineeGuida/relazione_unitaria.pdf.

⁵⁴² Sul pluralismo delle centrali di committenza è doveroso il richiamo all'importante contributo di A. ZITO, M. IMMORDINO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliorie al sistema vigente*, in *Nuove autonomie*, 2018, p. 226 ss.

l'individuazione delle *best practices*, delle più idonee strategie di gara, nonché della più opportuna modalità di gestione del contenzioso.

Sarebbe dunque auspicabile il decollo di quel reale 'sistema a rete' mediante il quale rendere possibile la continua trattazione e analisi di tematiche comuni, anche legate alle criticità nell'applicazione e nell'evoluzione dello stesso Codice dei Contratti.

Accanto alle, certamente non esaustive, criticità evidenziate non può prescindersi dal porre in evidenza i, sicuramente prevalenti, vantaggi che tale attività di razionalizzazione della spesa della Pubblica Amministrazione, per il tramite della centralizzazione e aggregazione delle committenze, ha indiscutibilmente avuto il pregio di produrre.

Deve, innanzitutto, farsi riferimento alla più importante e significativa ragione che ha indotto il legislatore italiano a prevedere forme di centralizzazione e aggregazione dell'attività contrattuale: la realizzazione di risparmio di spesa.

Quest'ultima, fungendo da richiamo per le molteplici Pubbliche Amministrazioni, opera non soltanto in termini di produzione di economie di scala mediante la conclusione di contratti e convenzioni di maggior volume, ma anche quale riduzione del numero di intermediari e risparmio dei costi e conseguente semplificazione dei complessi processi di gestione diminuendone il loro numero⁵⁴³.

In tal senso anche Carlo Cottarelli, già commissario alla *Spending review*, ha stimato in oltre sette miliardi di euro i possibili risparmi derivanti dal fenomeno della centralizzazione degli acquisti⁵⁴⁴.

Ma, considerando che le amministrazioni si ritrovano dinanzi una certezza dei costi che rende migliore l'utilizzo delle risorse a disposizione, v'è di più; la maggiore professionalizzazione delle risorse umane e la ripartizione dei compiti e delle funzioni rende le strutture strategicamente più competitive e innovative.

La qualità della prestazione e l'efficienza della spesa aumentano se la procedura contrattuale è gestita da soggetti esperti che possiedono una ottima conoscenza dei mercati, dei prodotti e delle norme che regolano le procedure.

Di talché sarebbe auspicabile che il personale adeguatamente formato e 'controllato' possa svolgere l'attività professionale in modo permanente.

Deve riconoscersi, poi, come siano proprio i Soggetti Aggregatori a rappresentare un effetto di stimolo verso i fornitori, che risultano essere incentivati a migliorare l'efficienza delle proprie prestazioni e risultano spinti ad investire nell'innovazione.

Lo stesso impiego e sfruttamento delle più innovative e moderne tecnologie nella gestione dell'intera attività contrattuale è sicuramente un ulteriore merito attribuibile all'attività - per quanto ancora in fase di sviluppo e perfezionamento - di centralizzazione delle committenze.

Tale strumento di politica pubblica appare, così, in grado di realizzare obiettivi desiderabili come, ad esempio, lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente.

Infine, di indiscusso pregio, è la crescita culturale che la Pubblica amministrazione, *tout court*, acquisisce nella gestione dei contratti complessi⁵⁴⁵.

⁵⁴³ B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 613 ss. Sulle ragioni poste a giustificazione del *favor* di cui gode l'aggregazione della domanda pubblica di beni si veda A.ZITO, M. IMMORDINO, *Aggregazione e centralizzazione della domanda pubblica di beni: stato dell'arte e proposte di migliori al sistema vigente*, cit., p. 223.

⁵⁴⁴ C. COTTARELLI, *La lista della spesa*, Milano, 2015, p. 43.

⁵⁴⁵ Le ragioni indicate nel testo sono evidenziate in tutti gli studi dedicati al tema. Cfr. M.E. COMBA, *Aggregazioni di committenza e centrali di committenza: la disciplina europea e il modello italiano*, in *Urbanistica e Appalti*, 2016, p. 1053 ss.; G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei*

Pertanto, una approfondita analisi di tale meccanismo di razionalizzazione, in tutte le sue fasi, appare in grado di condurre all'ideazione di nuove strategie di valorizzazione aventi - sempre come in passato - quale primario obiettivo la migliore tutela dell'interesse pubblico⁵⁴⁶.

Concludendo, l'intento del legislatore sembra essere quello di transitare da un sistema polverizzato di stazioni appaltanti, caratterizzato da una alta frammentazione delle competenze, scarsa standardizzazione delle procedure e difficoltà di conseguire economie di scala, ad un modello di aggregazione a rete⁵⁴⁷, con un ridotto numero di stazioni appaltanti, in grado di standardizzare le procedure e produrre benefici e vantaggi non solo economici; un primo risultato, nell'ottica di una più pervadente logica di *spending review* nella P.A., si è palesato con il passaggio e la contestuale riduzione - sull'intero territorio nazionale - da 36.000 Stazioni Appaltanti a 32 Soggetti Aggregatori.

Il modello così come disegnato dalla normativa nazionale vuole contribuire allo sviluppo di nuove logiche di programmazione, coordinamento e controllo delle risorse, alla modernizzazione dell'apparato amministrativo, alla innovazione di prodotto e di processo, nonché alle decisioni e alle scelte di finanza pubblica.

I soggetti aggregatori rappresentano la sintesi di tale esperienza; hanno, nel breve periodo, acquisito la capacità e la legittimazione di compiere macro-gare aggregate di beni e servizi e di ritrasferire alla stazione appaltante richiedente il negozio stipulato.

contratti ed esternalizzazioni sostenibili, Napoli, 2017, p. 171 ss.

⁵⁴⁶ Relazione alla Camera dei deputati, REVISIONE DELLA SPESA: obiettivi, attività e risultati 2014-2016, Ministero dell'Economia e delle Finanze e Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2017.

⁵⁴⁷ M. DE BENEDETTI, *I soggetti aggregatori: nuovo modello organizzativo nella pubblica amministrazione italiana, in Amministrazione in Cammino*, consultabile su <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>, 2017, p. 2 ss.

2. La disciplina codicistica in materia di centralizzazione degli acquisti.

Nell'ambito degli acquisti pubblici, nell'arco di circa quindici anni, le molteplici ed eterogenee disposizioni che si sono susseguite hanno contribuito a forgiare una nuova fisionomia giuridica e organizzativa all'intero settore.

In tal senso, non ci si può esimere dallo specificare quanto l'evoluzione della disciplina abbia avuto un forte impatto anche nell'elaborazione del testo del Codice dei Contratti pubblici (decreto legislativo n. 50/2016) e delle successive modificazioni, da ultimo approdate alla legge del 14 giugno 2019 n. 55.

Il Codice degli appalti risulta - anche a seguito degli ultimi recenti interventi legislativi - orientato verso due principali direzioni: da un lato mirando a qualificare le imprese partecipanti ai processi di acquisti pubblici mediante l'individuazione di una serie di requisiti funzionali e qualitativi per gli aspiranti fornitori, dall'altro volgendo la sua attenzione alla qualificazione delle amministrazioni pubbliche, in particolar modo di quella delle stazioni appaltanti, attraverso la delineazione di un articolato sistema volto ad aumentare le competenze e l'efficienza organizzativa dello "Stato compratore"⁵⁴⁸.

In tal senso, sin dalla legge delega⁵⁴⁹, alla base della nuova normativa, dopo aver elencato i principi di semplificazione, innovazione e trasparenza a cui si sarebbe dovuto ispirare il nuovo Codice Appalti, si delineavano come obiettivi fondamentali: la razionalizzazione della spesa⁵⁵⁰, la

⁵⁴⁸ L.CASTELLANI, F. DECAROLIS, G. ROVIGATTI, *Il Processo di Centralizzazione degli Acquisti Pubblici: Tra Evoluzione Normativa e Evidenza Empirica*, cit., pp. 19-20.

⁵⁴⁹ Articolo 1 legge delega n. 11/2016.

⁵⁵⁰ Articolo 1 legge n. 11/2016 lett. bb): "razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione

centralizzazione ed efficientamento degli acquisti pubblici⁵⁵¹ e la qualificazione delle stazioni appaltanti⁵⁵² come mezzo per trasporre e realizzare a livello organizzativo i primi due obiettivi.

Come si può vedere si tratta di obiettivi diversi rispetto a quelli, maggiormente specifici poiché finalizzati su strumenti e modelli per il disegno delle procedure di gara d'appalto, sin dalle origini alla base dell'istituzione del sistema Consip per la centralizzazione degli acquisti.⁵⁵³ Tuttavia, gli obiettivi del nuovo Codice non sembrano entrare in contrasto o mostrare incoerenza con questi ultimi ma ne costituiscono, seppur esplicitati ben sedici anni dopo l'avvio del processo di centralizzazione, le necessarie premesse. Si ravvisano a monte, infatti, gli obiettivi di ampio raggio e di raccordo con la legislazione europea, che la Consip SpA

di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi.”

⁵⁵¹ Articolo 1 legge n. 11/2016 lett. cc): “revisione ed efficientamento delle procedure di appalto degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili dalla società CONSIP Spa, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzati a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e a ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico, al fine di garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese.”

⁵⁵² Articolo 1 legge n. 11/2016 lett. dd): “contenimento dei tempi e piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso la previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di pubblicare nel proprio sito internet il resoconto finanziario al termine dell'esecuzione del contratto, nonché attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione di cui alla lettera bb), con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea, e fatto salvo l'obbligo, per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unione dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore secondo la normativa vigente, garantendo la tutela dei diritti delle minoranze linguistiche come prevista dalla Costituzione e dalle disposizioni vigenti.”

⁵⁵³ Si veda il par.3 sulla creazione e l'implementazione del sistema Consip.

ha progressivamente cercato di realizzare dalla sua fondazione nel processo di centralizzazione degli acquisti e modernizzazione del sistema di *procurement*.

Deve aggiungersi come lo stesso decreto legislativo in argomento è anche tornato con decisione sul concetto di aggregazione e centralizzazione delle committenze intessendo una relazione a doppio filo con l'altro fondamentale concetto di qualificazione delle stazioni appaltanti la cui formula può essere sintetizzata nella locuzione: ‘meno stazioni appaltanti, ma con standard qualitativi, di efficienza e professionalizzazione più elevati’.

Principi e tematiche che hanno trovato ulteriore conferma anche nel recente intervento normativo.

Sin dall'aprile 2016, infatti, con il varo del nuovo Codice dei Contratti le stazioni appaltanti ex articolo 37 comma 1 del nuovo Codice hanno la possibilità di procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a Euro 40.000 e di lavori di importo inferiore a Euro 150.000. Per acquisti di importo superiore è necessaria la qualificazione di cui all'art.38 e si procede mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione, mentre ove la stazione appaltante non sia qualificata deve ricorrere ad una centrale di committenza ovvero ad un'aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica.

Si rinviene, invece, una tenue novità⁵⁵⁴ l'ipotesi di cui all'art. 37 comma 4 laddove si statuisce che in ogni caso se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia procede ricorrendo ad una centrale di committenza/soggetti aggregatori qualificati ovvero a unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza o associandosi o consorzandosi in centrali di committenza cioè, ancora, ricorrendo alla Stazione Unica Appaltante (SUA) costituita ai sensi della L. 56/2014 (Legge Delrio).

Analizziamo ora più nel dettaglio le disposizioni normative relative alla centralizzazione e alla qualificazione delle Stazioni Appaltanti.

Il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016 e le sue ss.mm.ii.), dunque, affronta il tema del l'aggregazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e della riduzione del numero delle stazioni appaltanti, pur senza razionalizzare la frammentata e confusionaria legislazione precedente⁵⁵⁵.

Allo stesso tempo la nuova normativa si focalizza sul tema della qualificazione delle stazioni appaltanti e ne disegna i presupposti. Si tratta, come può

agevolmente comprendersi, di tematiche strettamente correlate, che trovano il proprio fondamento nella originaria legge delega. Più specificatamente è rinvenibile in essa tale precipua statuizione: *“il contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti, effettuate sulla base del sistema di qualificazione (...) con possibilità, a seconda del grado di qualificazione conseguito, di gestire contratti di maggiore complessità, salvaguardando l'esigenza di garantire la suddivisione in lotti nel rispetto della normativa dell'Unione europea”*. In altri termini, l'obiettivo dell'efficienza e della competitività viene fatto passare dal legislatore per la riduzione del numero e la qualificazione delle stazioni appaltanti. Sono innovazioni importanti perché si pongono il fine di migliorare la qualità e ad aumentare la dimensione di tali soggetti, pur ponendosi in un'ottica di contenimento della spesa pubblica. Si tratta, inoltre, disposizioni coerenti con l'evoluzione storica della centralizzazione degli acquisti iniziata con la Legge Finanziaria del 2000 e lo sviluppo del sistema Consip.

L'innovazione risiede nella scelta di introdurre la qualificazione delle stazioni appaltanti è in linea con la sfida di competitività, obiettivo delle nuove procedure, per il cui raggiungimento deve, necessariamente, prevedersi una riduzione del loro numero ed una migliore professionalizzazione delle strutture pubbliche. La legge delega definiva l'obiettivo a cui il legislatore delegato doveva mirare: *“razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti (...) prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a*

⁵⁵⁴ Più specificatamente così come previsto dall'articolo 1, comma 1, lettera a) del decreto - legge 18 aprile 2019, convertito con legge 14 giugno 2019, n. 55, il suddetto comma non trova applicazione, in via sperimentale e fino al 31 dicembre 2020, nelle more della riforma complessiva del settore e comunque nel rispetto dei principi e delle norme sancite dall'Unione europea, in particolare delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE, per le procedure per le quali i bandi o gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto - legge 18 aprile 2019, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, per le procedure in relazione alle quali, alla data di entrata in vigore del citato decreto-legge, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte. E', altresì, previsto articolo 1, comma 3 del decreto - legge 18 aprile 2019, convertito con legge 14 giugno 2019, n. 55, che entro il 20 novembre 2020 il Governo presenta alle Camere una relazione sugli effetti della sospensione per gli anni 2019 e 2020, al fine di consentire al Parlamento di valutare l'opportunità del mantenimento o meno della sospensione stessa.

⁵⁵⁵ L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2016, p. 1161 ss.

valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi"⁵⁵⁶.

Dunque, elemento caratterizzante il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti è la sua configurazione come un sistema composto da più livelli, che instaura un processo di professionalizzazione delle stazioni appaltanti rimesso alla responsabilità diretta dell'amministrazione⁵⁵⁷.

Il ruolo dell'e-Procurement nel piano di azione dell'UE per l'e-Government 2016-2020.

Nel percorso normativo delineato risulta evidente quanto sia complesso aggregare in un unico soggetto competenze, investimenti e capacità tecnologiche.

E' proprio in tale direzione che occorre dare rilievo a quanto statuito dal Piano d'azione dell'Unione europea per l'e-Government 2016-2020 "Accelerare la

⁵⁵⁶ Cfr. art. 1, comma 1, lett. bb), legge delega n. 11/2016.

⁵⁵⁷ A fini di compiutezza dell'analisi legislativa condotta deve precisarsi che con la legge di conversione del 14 giugno 2019, n. 55 è stato introdotto il comma *Ibis*). Esso statuisce che: "Al fine di ottimizzare le procedure di affidamento degli appalti pubblici per la realizzazione delle scelte di politica pubblica sportiva e della relativa spesa pubblica, a decorrere dal 1° gennaio 2020, la società Sport e salute Spa è qualificata di diritto centrale di committenza e può svolgere attività di centralizzazione delle committenze per conto delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori operanti nel settore dello sport e tenuti al rispetto delle disposizioni di cui al presente codice". Deve aggiungersi che come disposto dall'articolo 1 comma 28 del decreto - legge 18 aprile 2019, convertito con legge 14 giugno 2019, n. 55, a decorrere dal 18 giugno 2019 le risorse del Fondo Sport e Periferie di cui all'articolo 15 del decreto legge 25 novembre 2015, n. 185, convertito con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 2016, n. 9, sono trasferite alla società Sport e salute Spa, la quale subentra nella gestione del Fondo e dei rapporti pendenti.

trasformazione digitale della pubblica amministrazione"⁵⁵⁸, laddove viene circoscritta e ben definita la locuzione terminologica di *e-Government* quale supporto ai processi amministrativi, miglioramento della qualità dei servizi e aumento dell'efficienza interna del settore pubblico.

In tal senso, preme ribadirsi che i servizi pubblici digitali hanno lo scopo di ridurre gli oneri amministrativi che gravano in capo alla pubblica amministrazione mirando a renderla efficiente, più agevole e trasparente e meno costosa.

Altresì, l'utilizzo delle tecnologie digitali come parte integrante delle strategie di modernizzazione della pubblica amministrazione può comportare ulteriori vantaggi economici e sociali per la società nel suo complesso⁵⁵⁹.

Può ritenersi che la trasformazione digitale della pubblica amministrazione sia un elemento essenziale per il successo del mercato unico.

Già con i precedenti Piani d'azione si era affermato lo sviluppo dell'e-Government sia a livello europeo, sia a livello nazionale.

Tuttavia, allo stato attuale, i cittadini e le imprese non godono di tutti i benefici di servizi digitali che dovrebbero essere disponibili senza soluzione di continuità in tutta l'UE.

Con il varo del un nuovo Piano d'azione per l'e-Government per il periodo 2016-2020 ci si è posti l'obiettivo di eliminare le barriere digitali esistenti, che ostacolano la realizzazione del mercato unico digitale, e di evitare l'ulteriore frammentazione nel contesto della modernizzazione delle pubbliche amministrazioni. Il Piano d'azione per l'e-Government nell'UE intende essere uno strumento per unire gli sforzi e consentire agli Stati di perseguire le loro

⁵⁵⁸ Commissione europea (2016) 179, 19 aprile 2016 definitivo.

⁵⁵⁹ Raccomandazione del Consiglio sulle strategie per la pubblica amministrazione digitale, OCSE, 2014.

strategie e attività così da permettere di godere degli important membri i vantaggi che l'e-Government può apportare alle imprese, ai cittadini e alle stesse pubbliche amministrazioni.

Deve, pertanto, riconoscersi che il Piano d'azione sin qui delineato fornisce un approccio dinamico e flessibile, per stare al passo con un contesto in rapida evoluzione⁵⁶⁰.

Da tempo, le pubbliche amministrazioni degli Stati membri aspirano ad essere aperte, flessibili e collaborative nelle loro relazioni con cittadini e imprese, utilizzando l'e-Government per aumentare la loro efficienza ed efficacia e migliorare costantemente i servizi pubblici⁵⁶¹.

Sul tema, il Piano d'azione in argomento impone agli Stati Membri quale obiettivo da raggiungere entro il 2020 che ciascuna Pubblica amministrazione debba essere aperta, efficiente, inclusiva e soprattutto debba essere in grado di fornire servizi pubblici digitali end-to-end senza frontiere, personalizzati e intuitivi a tutti i cittadini e a tutte le imprese nell'UE.

Con l'introduzione di sette principi guida per l'e-Government la Commissione europea ha precipuamente indicato le modalità con cui ciascuna Pubblica Amministrazione può trasformarsi in un'entità tecnologicamente avanzata e rispondente alla evoluzione delle esigenze. Tra questi deve darsi rilievo al:

- .principio digitale per definizione;
- .principio una tantum;
- .principio di apertura e trasparenza dei dati e dei processi amministrativi;
- .principio interoperabile per definizione;
- .principio di fiducia e sicurezza;
- .principio di inclusività e accessibilità;

.principio transfrontaliero per definizione.

Sulla stessa prospettiva di rivoluzione tecnologica anche l'Agenzia per l'Italia Digitale con il Team per la Trasformazione Digitale nel suo Piano triennale⁵⁶² di recente pubblicazione ha impostato la strategia evolutiva in linea con i principi generali dettati dall'Unione Europea, individuando alcune aree di applicazione progettuale e specificando, per un orizzonte temporale preciso, i principali obiettivi e le soluzioni tecnologiche più innovative necessarie per accompagnare e accelerare il passo della trasformazione digitale del Paese.

Tra le piattaforme abilitanti la Trasformazione Digitale viene indicato il sistema nazionale di *e-procurement* che interconnette, in modalità interoperabile, tutti gli attori del processo di approvvigionamento della Pubblica Amministrazione, garantendo in modalità telematica la gestione e il governo dell'intero ciclo di vita degli appalti pubblici nel rispetto delle disposizioni delle direttive europee e del Codice degli appalti.

Tale spinta innovativa ha condotto a porre attenzione e analisi verso il *Public Procurement*.

Il termine *Public Procurement* identifica quella parte di spesa pubblica destinata all'acquisto diretto di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione. Il *Public Procurement* può rappresentare una leva di politica economica di particolare rilievo perché in grado di intervenire direttamente a stimolare il livello di attività economica di un Paese, creando occupazione, proteggendo le imprese nazionali dalla competizione globale, favorendone gli investimenti e aumentandone la competitività⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Sul punto si rinvia alla consultazione su <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/mid-term-evaluation-e-government-action-plan-2011-2015-implementation-smart-2012-006020>.

⁵⁶¹ Dichiarazione ministeriale di Malmo sull'e-Government, 2009.

⁵⁶² Sul punto si rinvia ad Agid - Agenzia per l'Italia Digitale "Piano triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione", consultabile su www.agid.gov.it/tags/piano-triennale, 2017.

Ad esempio, un Public Procurement orientato all'ammodernamento delle infrastrutture, allo sviluppo dei settori verdi e ad alto contenuto tecnologico contribuisce alla crescita economica sia dal punto di vista occupazionale sia dello stimolo all'innovazione.

Sebbene, dunque, il ruolo strategico del Public Procurement risulti essere particolarmente importante nell'attuale contesto economico caratterizzato da una forte contrazione dei livelli di attività con sensibili riduzioni della capacità produttiva⁵⁶⁴, resta tuttavia indiscutibile il peso rilevante della spesa per gli approvvigionamenti sul reddito nazionale.

La reale efficacia del PP come strumento di politica industriale, specie in un contesto di contrazione dell'economia, si ottiene pertanto in concomitanza di interventi mirati di razionalizzazione della spesa. La gestione degli appalti pubblici appare quindi come una questione politica di importanza fondamentale in particolare nel contesto di restrizioni di bilancio in cui gli Stati membri devono oggi amministrare le risorse pubbliche.

L'e-Public Procurement, come risultato dei principi guida di e-Government⁵⁶⁵ applicati ai processi di approvvigionamento delle Pubbliche Amministrazioni, costituisce sicuramente uno degli ambiti più significativi in cui l'impiego delle tecnologie informatiche induce maggiore qualità e una migliore allocazione delle risorse statali. La

⁵⁶³ C. EDQUIST, L. HOMMEN, L.TSIPOURI, *Public Technology Procurement and Innovation*, Kluwer Academic Publisher, 2000, p. 51 ss.

⁵⁶⁴ V. CIRILLO, D. GUARASCIO, *Jobs and Competitiveness in a Polarised Europe*, *Intereconomics*, 2015, p. 1 ss.

⁵⁶⁵ Con l'introduzione di sette principi guida per l'e-Government la Commissione europea indica le modalità con cui ciascuna Pubblica Amministrazione può trasformarsi in un'entità tecnologicamente avanzata e rispondente alla evoluzione delle esigenze. Si tratta del: principio digitale per definizione, principio una tantum, principio di apertura e trasparenza dei dati e dei processi amministrativi, principio interoperabile per definizione, principio di fiducia e sicurezza, principio di inclusività e accessibilità, principio transfrontaliero per definizione.

gestione degli appalti pubblici appare quindi come una questione politica di importanza fondamentale in particolare nel contesto di restrizioni di bilancio in cui gli Stati membri devono oggi amministrare le risorse pubbliche.

Il processo di *e-procurement* implica la sostituzione, lungo tutta la catena, delle procedure cartacee con procedure basate sui sistemi di comunicazione e trattamento dei dati. L'utilizzo degli strumenti informatici e telematici è inserito sia nelle diverse fasi del processo di acquisto in senso stretto, che porta all'aggiudicazione dei contratti, sia nello svolgimento di tutte quelle attività e procedure che sono ad esso ausiliarie e collaterali e che concorrono alla realizzazione degli approvvigionamenti: ricognizione dei fabbisogni, analisi dei prezzi e *rating* dei fornitori.

Gli appalti diventano più efficienti e concorrenziali assicurando un notevole risparmio in termini di tempo e di costi, consentendo un migliore utilizzo delle risorse impiegate nelle procedure.

Gli appalti pubblici sono procedure complesse che richiedono un notevole dispendio di tempo e di risorse e che, se mal gestiti, portano ad una forte perdita di produttività e di efficienza.

L'impiego delle ICT rappresenta lo strumento ottimale per incrementare l'efficienza del sistema di approvvigionamento delle Pubbliche Amministrazioni e, per il suo tramite, la trasparenza, la concorrenza, il controllo e l'efficacia della spesa pubblica. Il processo di *e-procurement* implica la sostituzione, lungo tutta la catena, delle procedure cartacee con procedure basate sui sistemi di comunicazione e trattamento dei dati.

L'utilizzo degli strumenti informatici e telematici è inserito sia nelle diverse fasi del processo di acquisto in senso stretto, che porta all'aggiudicazione dei contratti, sia nello svolgimento di tutte quelle attività e procedure che sono ad esso ausiliarie e collaterali e che concorrono

alla realizzazione degli approvvigionamenti: ricognizione dei fabbisogni, analisi dei prezzi e *rating* dei fornitori⁵⁶⁶.

In tale ambito, ai Soggetti Aggregatori è demandata l'innovazione del *public procurement* attraverso l'adozione mandatoria di piattaforme digitali capaci di sfruttare i risultati e i prodotti definiti nell'ambito del CEN (BII WS, PC 434 "*electronic invoicing*", PC 440 "*electronic public procurement*") e dei Large Scale Pilot (PEPPOL, e-SENS), riportati nell'art. 44 del Codice dei Contratti, come modificato. E' evidente come il meccanismo di centralizzazione degli acquisti incentrato su CONSIP e sui Soggetti Aggregatori Regionali rappresenti un potente cambiamento che non si traduce solo nel contenimento della spesa ma che attraverso la definizione di una domanda pubblica qualificata può incentivare le imprese a produrre nuovi servizi, svolgendo un ruolo fondamentale per la politica industriale del paese⁵⁶⁷.

Proprio su tale ultimo aspetto, si mira costantemente all'attribuzione di un ruolo strategico alle tecnologie ICT.

Considerazioni conclusive.

In tale studio si è tentato di esplorare compiutamente il ruolo strategico del Soggetto Aggregatore, quale figura rivoluzionaria della pubblica amministrazione verso la quale occorre, avendone l'occasione e il rigore necessario, generare il massimo dinamismo tecnico e più specificatamente si è tentato di volgere lo sguardo alla imposta innovazione tecnologica della

pubblica amministrazione avendo particolare riguardo al settore degli appalti pubblici.

L'aggregazione della domanda certamente rappresenta il "salto" culturale più avanzato nella semplificazione dei complessi processi di approvvigionamento, incidendo profondamente nella modalità di concepire e attuare la decisione pubblica.

In tale prospettiva si è mirato ad analizzare gli obiettivi strategici di modernizzazione della pubblica amministrazione tra i quali la realizzazione dell'interoperabilità attraverso le frontiere e il favorire un'interazione agevole con i cittadini attraverso azioni concrete volte ad accelerare l'attuazione della legislazione esistente e la diffusione dei servizi pubblici online.

Si è, altresì, tentato di dimostrare come le Pubbliche amministrazioni degli Stati membri stiano correttamente transitando, anche in seguito ai molteplici stimoli della Commissione europea e della normativa di settore, verso la completa digitalizzazione delle procedure di appalto, l'uso di registri dei contratti e le firme elettroniche interoperabili ponendo l'accento sul documento di gara unico europeo, sul registro online dei certificati (*e-Certis*), sulla fatturazione elettronica e su un approccio coordinato allo sviluppo di sistemi per gli appalti elettronici nazionali.

Ad oggi, si può sostenere che gli obiettivi - seppur parzialmente attuati - hanno fatto sì che un numero elevato di aziende potesse presentare offerte per gli appalti pubblici per via elettronica ovunque nell'Unione europea e l'accettazione della fatturazione elettronica da parte delle pubbliche amministrazioni nell'UE.

Per queste ragioni, si ritiene dover porre viva attenzione all'argomento, continuando ad arricchire e a rendere più evidenti le ragioni intrinseche del voler realizzare la cultura della qualità e della

⁵⁶⁶ S. PUGGIONI, *Il ruolo delle Ict nell'innovazione del processo di approvvigionamento della Pa*, in *Pubblica Amministrazione* 24, 2016, p. 5 ss.

⁵⁶⁷ Voce *E-Procurement*, consultabile su www.agid.gov.it/it/piattaforme/procurement.

valutazione del merito degli acquisti della Pubblica Amministrazione.

Sono necessari ulteriori sforzi per assicurare l'adozione delle norme e delle specifiche tecniche europee e internazionali esistenti, nonché di nuove norme e specifiche tecniche sviluppate nell'ambito del piano relativo alle priorità per la normazione delle TIC (tecnologie per l'informazione e la comunicazione).

In tale prospettiva la stessa Commissione europea coordinerà con gli Stati membri lo sviluppo di un prototipo di catalogo europeo di norme tecniche per le TIC per gli appalti pubblici, che promuoverà l'interoperabilità nell'acquisto di soluzioni digitali incoraggiando il riferimento a una serie comune di norme

tecniche e di profili per le TIC nelle gare d'appalto.

Pertanto, occorre prestare particolare attenzione all'interoperabilità e ai vantaggi che il ricorso effettivo alle tecnologie digitali può apportare. L'obiettivo è quello di sbarazzarsi di procedure inutilmente complesse, cartacee o ridondanti.

Si ritiene indispensabile continuare a promuovere la vera e propria rivoluzione culturale in atto intesa quale insediamento di un cammino, la cui eredità arrivi a innovare ogni aspetto della vita amministrativa e serva da guida per le tante sfide che occorrerà affrontare nei prossimi anni al fine di accelerare la trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni negli Stati membri.

Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT- Rivista Giuridica



AMBIENTE DIRITTO

La rivista è aperta, in particolare, ad accademici, a studiosi ed esperti delle discipline giuridiche; la collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT è gratuita e volontaria. Può consistere nell'invio di testi e/o di documentazione giuridica (sentenze, ordinanze etc.). Gli scritti e quant'altro inviato, anche se non pubblicati, non verranno restituiti.

Le proposte di collaborazione, per l'espletamento della procedura di valutazione, possono essere sottoposte alla redazione di AD a questo indirizzo E-mail: **rivista @ ambientediritto.it**.

I riferimenti agli autori dei lavori pubblicati (articoli, commenti, interventi...) saranno citati all'interno del testo ed in una pagina appositamente creata. E' inoltre possibile, previo accordo, creare e gestire nuove sezioni del Portale.

*Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a referaggio doppio cieco conformemente alla
Classe A – ANVUR.*

L'esubero di nuove informazioni continuamente prodotte ed acquisite determina un istintivo atteggiamento collettivo di difesa, come segnalano la frantumazione dei linguaggi scientifici in un gran numero di settori e sottosettori spesso scarsamente comunicanti e, nel più vasto riferimento sociale, una cultura sempre più frammentata in tanti interessi particolari e quasi mai tesa alla ricerca con prospettive globali.

La cultura fortemente frammentata e accelerata è sfociata sul piano intellettuale e su quello sociale nel senso dell'effimero, è diventata cultura dell'effimero e ha aumentato l'incapacità di creare sintesi come risposte ai problemi giuridici, sociali e del diritto. Occorre articolare collegamenti e interdipendenze capaci di mettere in relazione e valorizzare a pieno tutta la ricchezza, la fecondità e la capacità autoprogettuale di ogni singola disciplina e sottodisciplina. Occorre una ricerca interdisciplinare che sia ricerca di globalità come ricerca di relazione fra diversi frammenti e quindi come ricerca di orizzonti di significati.

Una comunicazione "certificata del diritto" è il tentativo complesso di localizzare nella storia l'istante dell'originalità primitiva, di indicare lo stadio larvale di ciò che verrà. Le nostre difficoltà, ovviamente, non alla sola effimera modernità sono imputabili: arduo è imparare a farsi esperti, a vivere.



[#INDICE](#)