

CLASSE A - ANVUR

La Rivista AMBIENTEDIRITTO.it è stata iscritta dall'ANVUR in CLASSE A

un ringraziamento va ai nostri collaboratori e lettori

ISSN 1974-9562

Indice dei contenuti all'interno

ISSN 1974-9562

RIVISTA SCIENTIFICA IN CLASSE A - ANVUR





Anno 2020



AMBIENTEDIRITTO - EDITORE

RIVISTA SCIENTIFICA IN CLASSE A - ANVUR

AmbienteDiritto.it

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

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

ISSN 1974-9562

AREA 12 - RIVISTE SCIENTIFICHE GIURIDICHE - CLASSE A - ANVUR

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 Cevolin 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 Associato 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"; Sabino Cassese Giudice emerito della Corte Costituzionale, Professore emerito della Scuola Normale Superiore di Pisa; 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; Emanuele Di Salvo Magistrato Presidente della quarta sezione penale della Corte di cassazione; Gian Paolo Dolso Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; Marina D'Orsogna Professoressa Ordinaria 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; Matteo Gnes Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Urbino Carlo Bo; 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 Diritto Costituzionale (IUS/08) 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 Nespor Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano; Dante Flàvio Oliveira Passos Professor Adjunto de Administracão, 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 Ordinaria 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:

Camilla Della Giustina (Cultrice della materia per l'insegnamento di Diritto costituzionale c/o l'Università degli Studi di Padova); Daniela Di Paola (Funzionario MIUR); Maria Assunta Icolari (Professore Associato 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); Nicoletta Laurenti Collino (Dottoranda in Diritto Pubblico, interateneo Trieste-Udine); Antonio Mitrotti (Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Trieste); 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); Luca Maria Tonelli (Cultore della materia in Diritto costituzionale Università degli Studi di Foggia); 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); Matteo Carrer (Università degli Studi di Bergamo); 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"); Luigi Colella (Università della Campania Luigi Vanvitelli); Fabio Corvaja (Università degli Studi di Padova); Juan Carlos Covilla Martinez (Universidad Externado de Colombia); Gianni Cortigiani (Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze); Manlio d'Agostino Panebianco (CeSIntES dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata); Simona D'Antonio (Università degli Studi di Teramo); Gabriella De Giorgi Cezzi (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); Maria Dolores Ferrara (Università degli Studi di Trieste); Giancarlo Antonio Ferro (Università degli Studi di Catania); Biagio Giliberti (Universitas

Mercatorum); Dimitri Girotto (Università degli Studi di Udine); Emanuele Guarna Assanti (Università degli Studi Guglielmo Marconi) 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 Leccese (Università degli Studi di Bari); Anna Lorenzetti (Università degli Studi di Bergamo); Morena Luchetti (Avv. amministrativista del Foro di Macerata); Marco Mancini (Università Ca' Foscari di Venezia); Giovanna Marchianò (Università degli Studi di Bologna); Donatantonio Mastrangelo (Università degli Studi di Bari); Roberto Miccù (Università degli Studi La Sapienza); Giulia Milo (Università degli Studi di Trieste); Giuseppe Misserini (Università degli Studi di Bari); Viviana Molaschi (Università degli Studi di Bergamo); Davide Monego (Università degli Studi di Trieste); 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); Mauro Pennasilico (Università degli Studi di Bari Aldo Moro); Vincenzo Pepe (Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli); Patrizia Pinna (Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze); Carmine Petteruti (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli); 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); Gianpaolo Maria Ruotolo (Università di Foggia); Francesco Emanuele Salamone (Università degli Studi della Tuscia); Antonio Saporito (Università degli Studi Niccolò Cusano); Ciro Sbailò (Università degli Studi internazionali di Roma); Maria Stefania Scardigno (Università degli Studi di Bari); Andrea Sticchi Damiani (Cultore di diritto amministrativo Avv. Foro di Lecce); 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); Marcello Vernola (Università di Cassino e del Lazio Meridionale).





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 di Diritto Pubblico – 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 – La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 – CLASSE A – Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano www.ambientediritto.it. Catalogo CINECA – Codice rivista: E197807. Catalogo internazionale ROAD (http://road.issn.org/), patrocinato dall'UNESCO (e curato dal Communication and Information Sector). - Copyright AD - AMBIENTEDIRITTO - EDITORE®



INDICE GENERALE

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico	
AMBIENTE E DIRITTI UMANI NEI RICORSI CEDU NN. 54414/2013 – 54264/2015	
Alessandra Ceddia, Bruna Graziano, Marco Mezzi, Fausta Pasanisi, Rachele Ramellini	
TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI E APPALTI DEL CONCESSIONARIO AEROPORTUALE	23
Claudio CostanziIL PROCEDIMENTO PER DECRETO INGIUNTIVO NEL PROCESSO AMMINISTRAT	
IL PROCEDIMENTO PER DECRETO INGIUNTIVO NEL PROCESSO AMMINISTRAT	IVO
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO	
Mario Tocci	
L'INCIDENZA SISTEMATICA DI UNA TENDENZIALE STABILITA' DELLA GIURISPRUDENZA	
LEGITTIMITA' TRA NOMOFILACHIA E PREVEDIBILITA' DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE	
Diego BranciaPUBBLICO E PRIVATO NEL DIRITTO URBANISTICO	
PUBBLICO E PRIVATO NEL DIRITTO URBANISTICO	53
Giovanni Maria Caruso, Emanuele Guarna AssantiTHE LEGAL IMPLICATIONS OF BUILDING INFORMATION MODELING (BIM) IN PUB	
THE LEGAL IMPLICATIONS OF BUILDING INFORMATION MODELING (BIM) IN PUB	3LIC
PROCUREMENT LAW	72
Claudio Costanzi	
TRA SALUTE E AMBIENTE: OSSERVAZIONI SUL RUOLO DEL DIRITTO DI FRONTE ALLA CRISI	
Paolo PintoLOTTIZZAZIONE ABUSIVA E PRESCRIZIONE. DALLE SEZIONI UNITE VIA LIBERA ALLA "CONFI	
NOMOFILATTICA"	
Lorenzo Bruno Molinaro	
L'ATTESTATO DI SALUTE DEL SISTEMA CONSOCIATIVO AUSTRIACO NEL COVID-19 E I NU	OVI
PARADIGMI DI TUTELA DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI	
Ulrike Haider-QuerciaRIFIUTI ED EMERGENZA SANITARIA: L'(IN)CERTEZZA NORMATIVA	
Leonardo Salvemini	
COVID 19: MEGLIO UN'AULA VUOTA O UN'AULA CHE NON VOTA? L'AMMISSIBILITÀ DEL VO	
PARLAMENTARE "A DISTANZA" ALLA LUCE DELL'ART. 64, CO. 3 COST	
Francesco Alberto Santulli	
LE RESPONSABILITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NELLA GESTIONE DEL DEMANIO: '	
LA TUTELA AMBIENTALE ED IL PRINCIPIO DEL "NEMINEM LAEDERE"	
Emma Imparato, Roberta Venditti	
PERSONAL DATA IS THE NATURAL RESOURCE OF EACH NATION-STATE	
Tulio Rosembuj	
L'AMBIENTÉ "BENE" DA TUTELARE	
Raffaele Cerrato	
CÎRCULAR ECONOMY AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY	
Monica Cocconi	
SOSTENIBILITÀ E MISURE FISCALI E FINANZIARIE DEL D.L. CLIMA	
Antonio Felice Uricchio, Giulia Chironi, Francesco Scialpi	
ENVIRONMENTAL POLICIES BELOW MUNICIPAL LEVEL: TOWARDS SUSTAINA	
NEIGHBOURHOODS AND SMALL COMMUNITIES. POSITION OF THE EUROPEAN COMMITTEE OF T	
REGIONS.*	
Gaetano ARMAO	
LA NORMATIVA SULL'IMMIGRAZIONE DEL FRIULI VENEZIA GIULIA AL VAGLIO DELLA CO	
COSTITUZIONALE: VERSO IL REPETITA IUVANT?	
Laura Restuccia	
EL CANON EÓLICO DE CASTILLA-LA MANCHA Y SU PRESUNTA NATURALEZA EXTRAFISCAL	
Gracia Ma. Luchena Mozo	
LIBERTÀ RELIGIOSA TRA PANDEMIA E GARANZIE COSTITUZIONALI, SOVRANAZIONA	ALIE
PATTIZIE	
Alberto Tomer	
IL RISCHIO EPIDEMICO NEI LUOGHI DI LAVORO TRA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSO	
FISICHE E PROFILI DI CORPORATE LIABILITY	
Giulia Rizzo Minelli	341

LE ORDINANZE CONTINGIBILI E URGENTI IN MATERIA DI RIFIUTI "ALLA PROVA" DELL'E EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19	
Viviana Di Capua, Ilde Forgione	
Viviana Di Capua, Ilde Forgione	387
Daniele Porena	
LA DISTRIBUZIONE DELLE COMPETENZE TRA I DIVERSI LIVELLI DI GOVERNO AL	TEMPO DEL
COVID-19 E I RIFLESSI SUGLI ATTI	404
Gloria Mancini Palamoni	
L'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ ALLA PROVA DEL COVID-19: MALA GEST	
ESPIATORIO? Agostina Latino	427
Agostina Latino	
SALUS REI PUBLICAE E LEGALITÀ ALLA PROVA DELL'EMERGENZA DA COVID-19. INEDITI	
DI GESTIONE DEI D.P.C.M	442
Antonio Mitrotti	
I DIRITTI UMANI IN AMBITO SPORTIVO TRA DOVERI E SANZIONI	
Fabio Ratto Trabucco	
CONCESSIONE DI DERIVAZIONE D'ACQUA PUBBLICA: CORRISPETTIVI E PRESTAZIONI IM	
Laura Formentin, Fabrizio Colasurdo	
OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE	
A cura di Chiara Ingenito e Agatino Lanzafame	
LE BONIFICHE SOSTENIBILI NELLA NUOVA CARTA DI PRINCIPI PRESENTATA DAI	
ALL'AMBIENTE	
Antonio Felice Uricchio	
UN MANUALE PER IL "BUON GOVERNO"	
Simone Budelli	
Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT - Rivista Giuridica	536

AMBIENTE E DIRITTI UMANI NEI RICORSI CEDU NN. 54414/2013 – 54264/2015.

Alessandra Ceddia, Bruna Graziano, Marco Mezzi, Fausta Pasanisi, Rachele Ramellini

Abstract: Con la sentenza Cordella e altri c. Italia, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sul caso ILVA di Taranto, ravvisando la violazione del diritto alla vita privata (art. 8 CEDU) e del diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU). La Corte ha ritenuto che le autorità italiane non abbiano saputo trovare un punto di incontro fra gli interessi dei singoli cittadini al benessere e alla qualità della vita e l'interesse alla prosecuzione delle attività produttive dell'ILVA. Per quanto questa sentenza, certamente, offra degli interessanti spunti di riflessione relativamente al problema dei danni alla salute da esposizione a sostanze tossiche, constatando la responsabilità dello Stato, al tempo stesso non mancano aspetti criticabili, primo fra tutti il mancato riconoscimento del risarcimento al danno accertato.

In Cordella and others v. Italy, the European Court of Human Rights ruled on the ILVA case in Taranto, finding that the right to privacy (Article 8 ECHR) and the right to an effective remedy (Article 13 ECHR) had been violated. The Court held that the Italian authorities had failed to find a balance between the interests of individuals in the well-being and quality of life and the interest in the continuation of ILVA's productive activities. Although this judgment certainly offers interesting insights into the problems of health damage caused by exposure to toxic substance, at the same time there is no lack of critical aspects, first and foremost the failure to award compensation for the damage ascertained.

SOMMARIO: **1.** Premessa – **2.** La responsabilità dello Stato per la violazione di diritti fondamentali – **3.** L'applicabilità degli articoli 2 e 8 della Convenzione EDU: Il caso ILVA – **4.** Il "diritto a un ambiente sano" – **5.** I riflessi delle valutazioni nel merito sulla nozione di "vittima" – **6.** Le "mancanze" della sentenza Cordella: sentenza pilota e risarcimento del danno non patrimoniale. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Definire l'ambiente e, conseguentemente, il diritto ambientale è certamente un compito arduo, specie in virtù della sua sovrabbondanza e della sua mutevolezza¹. Orbene, sebbene si cerchi di uniformare la disciplina in materia ambientale, ancora oggi gli operatori del diritto muovono passi incerti sul punto. Un faro che indichi la via potrebbe essere la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la quale, seppur non senza limiti e qualche critica, ha più volte statuito in tema di diritto ambientale. Con la sentenza del 24 gennaio 2019 – *sentenza Cordella* – la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sulla questione relativa all'impatto sulla popolazione residente delle emissioni provenienti dallo stabilimento siderurgico ex Ilva di Taranto e sulla lamentata inerzia dello Stato italiano nell'adottare provvedimenti incisivi.

Il "caso ILVA", noto alle cronache e alle aule di giustizia, nella dimensione della pronuncia succitata ha permesso di affrontare a livello europeo il tema della tutela dell'ambiente quale diritto fondamentale individuale. La sentenza è stata emessa all'esito di un procedimento instaurato con due ricorsi presentati nel 2013 e nel 2015, successivamente riuniti, da centottanta abitanti del territorio tarantino che contestavano allo Stato italiano la mancata adozione di misure idonee a salvaguardare l'ambiente dalle emissioni inquinanti dell'acciaieria e, conseguentemente, la mancata tutela della salute e del benessere dei residenti della zona. La Corte di Strasburgo ha affrontato la questione dal punto di vista dell'art. 8 della Convenzione EDU (diritto alla vita privata), riconoscendo esplicitamente l'impatto negativo delle emissioni sul benessere della popolazione tarantina e, di fatto, la violazione della Convenzione da parte dello Stato italiano. Tuttavia, la Corte non ha riconosciuto un risarcimento economico ai ricorrenti, sostenendo che la sola constatazione della violazione costituisse, di per sé, una riparazione sufficiente per il danno morale subito. La Corte ha ribadito, a più riprese, l'inesistenza di un autonomo diritto fondamentale ad un ambiente sano, questione dibattuta tanto a livello internazionale quanto nella giurisprudenza nostrana. Nel proseguito saranno trattate le diverse responsabilità dello Stato italiano per la questione ambientale, con un accenno anche ai riflessi del "caso Ilva" sulla giustizia italiana; saranno analizzati gli artt. 2 e 8 della Convenzione EDU e l'opportunità della codificazione di un autonomo diritto ad un ambiente salubre, nonché i riflessi di questa mancanza sulla nozione di "vittima" nella giurisprudenza di Strasburgo e sulle peculiari scelte risarcitorie adottate nel caso di specie.

2. La responsabilità dello Stato per la violazione di diritti fondamentali.

La sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 gennaio 2019, scaturita dai ricorsi n. 54414/2013 e n. 54254/2015, ha offerto una prospettiva nuova sull'annoso problema dei danni alla salute da esposizione a sostanze tossiche, ravvisando una

¹ Sul punto, si veda NESPOR, Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: le origini in L'ambiente e i nuovi diritti inserito nell' "Aggiornamento ambiente", Grandi opere UTET, 2014, secondo cui «parafrasando una metafora attribuita a Newton, ma risalente al filosofo francese del XII secondo Bernardo di Chartres, il diritto dell'ambiente è come un nano sulle spalle di giganti: può vedere più cose di loro e più lontane, ma non certo per l'altezza del suo corpo, ma per le varie discipline che lo sorreggono».

responsabilità dello Stato in una materia che, sino ad ora, in Italia è stata prevalentemente oggetto di procedimenti penali avviati nei confronti dei privati gestori. Le evidenze scientifiche ad oggi disponibili mostrano una grave situazione ambientale e sanitaria nell'area di Taranto interessata dalle emissioni dello stabilimento siderurgico (ex) Ilva S.p.A. Tale situazione è stata determinata, o comunque non adeguatamente fronteggiata, dalle politiche ambientali italiane che, nel corso degli anni, si sono mostrate incapaci di trovare un *bilanciamento* tra l'interesse della società produttiva e il benessere e la qualità della vita dei residenti delle aree interessate.

In tema di inquinamento atmosferico, la nuova direttiva 2008/50 CE "Qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa", recepita con D. Lgs. n. 115/2010, impone una revisione generale dei criteri di valutazione delle emissioni in atmosfera per determinate sostanze, prevedendo più stringenti procedimenti di pianificazione per la qualità dell'aria. Il D. Lgs. 152/2006² definisce l'inquinamento atmosferico come «ogni modificazione dell'aria atmosferica, dovuta all'introduzione nella stessa di una o più sostanze in quantità e con caratteristiche tali da ledere oda costituire un pericolo per la salute umana o per la qualità dell'ambiente oppure tali da ledere i beni materiali o compromettere gli usi legittimi dell'ambiente». Tale nozione va, poi, collegata a quella di emissioni che il legislatore definisce, in generale, come «qualsiasi sostanza solida, liquida o gassosa introdotta nell'atmosfera che possa causare inquinamento atmosferico». I diritti fondamentali della persona umana, ancorché primari e inalienabili, sono soggetti alle relativizzazioni derivanti dal bilanciamento con altri diritti o interessi di rango costituzionale e la mancata previsione di un diritto all'ambiente, sia in ambito comunitario sia nazionale, non ha impedito il delinearsi di una giurisprudenza di legittimità che, sulla base di una creativa interpretazione del combinato disposto degli artt. 2 (riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo), 9 (tutela del paesaggio) e 32 (tutela della salute) della Costituzione, garantisce tutela al c.d. diritto ad un ambiente salubre. In questa prospettiva, la vicenda Ilva di Taranto rappresenta un caso emblematico di come il risultato scaturente dal bilanciamento tra i diritti fondamentali della persona umana, benché primari e inalienabili, e altri diritti o interessi di rango costituzionale possa dar vita a contrastanti orientamenti giurisprudenziali. L'impianto ILVA di Taranto (ora Arcelor Mittal) è il più grande complesso di acciaierie industriali in Europa, che copre un'area di 1.550 ettari e conta circa 11.000 dipendenti. Malgrado le numerose vicende giudiziarie abbiano accertato che la produzione realizzata all'interno del colosso siderurgico tarantino fosse svolta con violazione della normativa a tutela dei diritti alla salute e della proprietà, oltre che dell'ambiente, l'attività inquinante – sversamento polveri e altre sostanze oltre i limiti tollerabili e consentiti – è proseguita, senza soluzione di continuità, per tutti gli anni successivi sino ad oggi, tanto che, sempre presso il Tribunale di Taranto, è pendente un altro procedimento penale³.

² D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 "Norme in materia ambientale" in G.U. n. 88 del 14 aprile 2006.

³ Procedimento penale n. 938/2010, Corte d'Assise di Taranto – RIVA Nicola + 44, accusati di 34 capi d'accusa per reati commessi tra il 1995 e il 2013 e relativi a: 1) l'emissione di sostanze nocive per la salute e per l'ambiente che hanno comportato un grave rischio per la salute pubblica e hanno causato la morte e provocato patologie di morte persone residenti nelle aree adiacenti il sito di produzione dell'Ilva di Taranto; 2) la contaminazione delle acque, dei prodotti della terra e degli animali destinati all'alimentazione umana; 3) l'inquinamento ambientale dell'aria; 4) la diffusione di informazioni riservate da parte di funzionari del Ministero degli Affari esteri incaricati della concessione dell'AIA. Il 30 marzo del 2012, il G.I.P. di Taranto ordinò una perizia chimica ed epidemiologica al fine

Sull'impatto delle emissioni dell'impianto sull'ambiente e sulla salute della popolazione locale sono stati condotti diversi studi da cui sono emersi rapporti scientifici allarmanti. Tra questi, il *Rapporto Sentieri*⁴del 22 ottobre 2012 redatto a cura dell'Istituto Superiore di Sanità su richiesta del Ministero della Salute, formulò raccomandazioni per gli intervenenti di sanità pubblica sulla base dei dati riguardanti le cause di mortalità nei siti di bonifica di interesse nazionale (c.d. SIN) per il periodo 1995 – 2009. Da tale rapporto emerse l'esistenza di un legame causale tra l'esposizione ambientale alle sostanze cancerogene inalabili prodotte della società Ilva e lo sviluppo di tumori polmonari, pleurici e di patologie cardiovascolari nelle persone residenti nelle aree colpite, così dimostrando che i decessi di uomini, donne e bambini che risiedevano nelle aree interessate per tumori, malattie del sistema circolatorio e altre patologie, erano numericamente superiori alla media regionale e nazionale.

Uno studio del 2016 condotto dal dipartimento di Epidemiologia del Servizio Sanitario della Regione Lazio, dall'ARPA, dal Centro Salute e Ambiente Puglia e dalla Agenzia Sanitaria Locale di Taranto – riguardante 321.356 persone residenti nei comuni di Taranto, Massafra e Statte tra il 1º gennaio 1996 e il 31 dicembre 2010 – dimostrò l'esistenza di un nesso causale tra l'esposizione a PM10 (polveri sottili) e al SO2 (diossido di zolfo) derivanti dall'attività produttiva dell'Ilva e l'aumento della mortalità per cause naturali, tumori, malattie renali e cardiovascolari nella popolazione di Taranto. Ed è proprio in relazione a questi dati che si registrano dibattuti contrasti giurisprudenziali. Invero, la Corte costituzionale, con sentenza n. 85/2013, statuì che, non esistendo una gerarchia dei diritti fondamentali previsti nella Costituzione dovendo questi, in caso di conflitto, essere bilanciati ragionevolmente - il diritto all'ambiente salubre e alla salute non erano da considerarsi prevalenti rispetto al diritto al lavoro. Ma, successivamente, la Corte riconobbe espressamente che quella disciplina era stata imposta da una situazione «grave ed eccezionale» e solo la temporaneità delle misure adottate poteva farle ritenere compatibili coi principi costituzionali, in quanto circoscritte entro un orizzonte temporale limitato di trentasei mesi decorrenti dal 3 dicembre 2012. Difatti, con sentenza n. 58/2018⁵ la Suprema Corte affermò che l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva non dovesse giungere sino al punto di trascurare diritti costituzionalmente inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa, ai quali è indissolubilmente connesso al diritto al lavoro in un ambiente

di valutare l'impatto delle emissioni dello stabilimento sulla salute delle persone e sull'ambiente. Dalla perizia emerse non solo che l'Ilva produceva gas e vapori pericolosi per la salute dei lavoratori e della popolazione locale, ma anche che le misure imposte per evitare la dispersione di fumi e particelle nocive non erano state rispettate e che i valori di benzopirene, di diossine e di altre sostanze pericolose per la salute non erano conformi ai requisiti previsti dalle disposizioni regionali, nazionali ed europee.

⁴ Studio Epidemiologico Nazionale del Territorio e degli Insediamenti Esposti a Rischio Inquinamento.

⁵ Con tale sentenza, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 D. L. n. 92/2015 recante «Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività d'impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale», nonché degli artt. 1, comma II, e 21 – octies L. n. 132/2015 recante «Misure urgenti in materia fallimentare, civile, processuale civile e organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria». Le disposizioni di cui all'art. 3 D. L. n. 92/2015, concernenti misure urgenti per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti oggetto di sequestro giudiziario, erano state applicate con riferimento all'attività degli impianti Ilva (esso era uno dei c.d. Decreti salva Ilva). L'attività era proseguita con l'utilizzo dell'altoforno "Afo2", nonostante il sequestro preventivo dello stesso altoforno, disposto ai sensi dell'art. 321, comma III bis c.p.p., nell'ambito del procedimento penale per la morte di un operaio avvenuta presso lo stabilimento siderurgico.

sicuro e non pericoloso. Orbene, con la pronuncia del 24 gennaio 2019 la Corte di Strasburgo giunge al punto di riconoscere la responsabilità diretta dello Stato italiano per violazione dell'articolo 8 della Convenzione EDU – diritto al rispetto della vita privata e familiare – poiché le Autorità Nazionali non sono state in grado di adottare tutte le misure necessarie per proteggere la salute dei ricorrenti e, più in generale, il loro diritto alla vita e il rispetto alla vita privata e familiare. Ciò che i numerosi ricorrenti lamentavano era proprio l'inerzia dello Stato italiano nell'impedire la lesione dei diritti fondamentali dei cittadini a fronte delle immissioni nocive provenienti dall'impianto siderurgico e, conseguentemente, l'impatto delle stesse sulla salute e sull'ambiente.

La Corte, ritenendo che lo Stato italiano non abbia adottato tutte le misure necessarie a tutelare la salute dei cittadini, ha riconosciuto un'equa riparazione agli stessi, raccomandando allo Stato di far fronte a dette misure entro breve termine, soprattutto mediante la definitiva implementazione del piano nazionale ambientale sino ad ora non compiutamente attuato. Inoltre, la Corte ha attribuito al Comitato dei Ministri – organo decisionale del Consiglio d'Europa – il compito di indicare al Governo italiano le misure da assumere per garantire l'esecuzione della sentenza della Corte EDU, sottolineando l'urgenza dei lavori di bonifica delle aree colpite dall'inquinamento ambientale e l'importanza di approvare, nel minor tempo possibile, un piano ambientale. Da un'attenta disanima delle disposizioni e delle statuizioni contenute nella pronuncia della Corte si evince chiaramente la grande portata e l'incidenza della sentenza, la quale ha dato voce a numerose persone che hanno visto – e tuttora vedono – la propria salute passare in secondo piano in nome di uno stato di "emergenza" decretato a partire dal 2012, facendo luce su questioni di rilevanza nazionale rimaste lungamente nell'ombra.

La cattiva gestione dei rischi ambientali e sanitari, che ha caratterizzato le politiche dello sviluppo italiano dal dopoguerra ad oggi, ha portato con sé tragedie umane le cui responsabilità sono state, finora, attribuite ai singoli gestori delle private imprese, accusati di omicidi, lesioni personali e disastri ambientali. Ciò che è mancato è, non solo un controllo, ma anche un "esame di coscienza istituzionale" che portasse a chiedersi per quale ragione produzioni notoriamente tossiche siano state considerate lecite per molti anni.

La c.d. sentenza Cordella ha compiuto un grande passo in avanti, ponendo in primo piano il problema degli obblighi positivi di tutela dell'uomo e delle risorse naturali, gravanti innanzitutto sulle istituzioni nazionali, e ha permesso di individuare, grazie agli studi epidemiologici, la sussistenza di un nesso di causalità fra l'esposizione ambientale ad agenti cancerogeni e lo sviluppo di malattie tumorali nella popolazione.

Merito straordinariamente innovativo della *sentenza Cordella* è l'aver richiamato lo Stato italiano alla propria responsabilità nella definizione del modello di sviluppo da adottare, il quale deve aver riguardo, specialmente, dei diritti fondamentali dei singoli e non solamente dell'interesse generale ad una prosperosa economica.

3. L'applicabilità degli articoli 2 e 8 Convenzione EDU: il caso ILVA.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel corso degli anni, ha sviluppato un'interpretazione sempre più evolutiva della applicabilità degli articoli 2 e 8 della Convenzione EDU in materia ambientale.

L'articolo 2 tutela il bene giuridico della vita, il cui diritto è ricompreso tra i diritti inviolabili dell'uomo, che può essere minacciato o danneggiato dal pericolo di morte. Difatti, prevede che il diritto alla vita di ogni individuo debba essere tutelato dalla legge e nessuno può esserne privato, salvo che in esecuzione di una sentenza emessa da un Tribunale. L'articolo 8, invece, disciplina il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, nonché il divieto di ingerenza nell'esercizio di tale diritto, salvo che la legge disponga diversamente. Tutela, altresì, il "benessere e la qualità della vita" – intesa come salute, tranquillità personale, e così via – che possono essere compromessi da attività inquinanti di diverso genere, quali industrie siderurgiche e circolazione di veicoli.

Fra le due disposizioni citate esiste un principio di sussidiarietà. Mentre l'art. 2 contempla i casi in cui il soggetto sia deceduto o la cui vita sia esposta a grave pericolo, l'art. 8 disciplina le offese all'integrità psico – fisica le quali, sebbene di rilevante entità, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2. Entrambi i diritti devono ricevere una tutela assoluta da parte dello Stato, a cui è riconosciuto il potere di condurre delle indagini dirette ad individuare gli aggressori ingiustificati di tali diritti e, conseguentemente, il potere di applicare tutte le relative sanzioni. Una rilevante applicazione di questi principi si rinviene nel caso Ilva di Taranto. La Corte di Strasburgo ha, infatti, constatato che dallo stabilimento in questione, sin dagli anni '70 del secolo scorso, derivano emissioni inquinanti con effetti gravemente nocivi per l'ambiente e per la salute umana.

La Corte EDU ha, quindi, condannato l'Italia per la violazione del diritto alla vita privata e del diritto al "benessere" dei residenti nelle zone limitrofe allo stabilimento siderurgico tarantino, a causa della totale mancanza di misure finalizzate a proteggere l'ambiente dalle emissioni contaminanti dell'acciaieria. Come accennato poc'anzi, in merito sono state effettuate numerose indagini epidemiologiche da cui è emerso un aumento del tasso di mortalità ed un accertato pericolo di sviluppare patologie oncologiche per tutti gli abitanti di Taranto. La Corte EDU, nella sentenza Cordella, ha attribuito ai predetti studi epidemiologici un importante valore probatori per tutti i ricorrenti, pur in assenza di qualsivoglia patologia letale. È evidente, dunque, che sussiste uno squilibrio fra il diritto alla vita privata dei singoli individui e l'interesse della collettività all'esercizio dell'attività lavorativa, proprio in ragione della totale assenza di misure adeguate a fronteggiare il pericolo di morte e a ridurre i rischi nocivi per la vita umana. I gravi danni arrecati all'ambiente sono idonei a compromettere, oltre che il benessere, anche la qualità della vita dei residenti tarantini.

A tal proposito va precisato che non esiste una definizione di *qualità di vita*, atteso che è ancora oggi un concetto prevalentemente soggettivo. Sul punto, la Corte non ha altra scelta che quella di basarsi, sebbene non esclusivamente, sulle conclusioni delle giurisdizioni e delle altre autorità interne competenti⁶. Il caso in esame consente di comprendere la difficoltà della gestione di una situazione caratterizzata da un accertato rischio oncologico, quale conseguenza della produzione di uno stabilimento di

⁶ Sul punto si vedano le decisioni della Corte EDU nei casi *Lediaïeva e altri c. Russia*, nn. 53157/1999 e altri 3, § 90, 26 ottobre 2006, ma anche *Jugheli e altri c. Georgia*, n. 38342/2005, § 63, 13 luglio 2017.

importanza significativa per l'economica del Paese e dall'accertata violazione del diritto alla vita privata. In questo scenario, all'interno del quale le sanzioni dovrebbero rappresentare una reazione dell'ordinamento alle offese arrecate al "bene vita", sarebbe opportuna una prospettiva di cambiamento fondata su una delimitazione dei vari interessi, su un corretto agire dello Stato e su un'effettiva tutela dei diritti fondamentali dell'uomo.

4. Il "diritto a un ambiente sano".

La Convenzione Europea sulla salvaguardi dell'Uomo e delle libertà fondamentali non riconosce un diritto dell'uomo all'ambiente sano, pur prevedendo varie norme che hanno consentito lo sviluppo di una giurisprudenza della Corte EDU sulle tematiche ambientali. La Corte e la Convenzione, infatti, hanno dato prova, anche in tal campo, di essere insieme uno «strumento vivente da interpretare alla luce delle concezioni prevalenti nella società»⁷. La Corte di Strasburgo, attraverso un percorso indiretto, similare a quello attuato dalla Corte di Cassazione italiana, ha inteso tutelare l'ambiente in quanto percepito quale "valore" che richiede tutela ed interventi da parte degli Stati.

Anche in Italia l'ambiente non è oggetto di tutela immediata. Tuttavia, la Corte di Cassazione, sulla base di un'interpretazione del combinato disposto degli artt. 32, 9 e 2 Cost., ha garantito tutela al c.d. «diritto ad un ambiente salubre» quale mezzo per assicurare il rispetto dei diritti inviolabili dell'individuo. Sostanzialmente anche se nella Convenzione non vi sono norme in cui il diritto all'ambiente sano sia espressamente sancito, la necessità di protezione dell'ambiente si è affermata come nuovo valore9. La tutela, però, dovrà essere attuata attraverso un equo bilanciamento tra l'esercizio dei diritti umani, espressamente riconosciuti dalla Convenzione, e il principio generale del rispetto dell'individuo, anch'esso consacrato nella Convenzione EDU¹⁰. Operando un'interpretazione ermeneutica dei diritti già esistenti in chiave ambientalistica, la Corte EDU ha aperto un filone giurisprudenziale riconducendo la tutela di tutte le questioni inerenti ai danni ambientali, alla vita e alla salute, a quella dei diritti fondamentali di "prima generazione" e dei diritti economici, sociali e culturali di "seconda generazione", ponendo quale riferimento normativo soprattutto la violazione degli artt. 8 e 2 della Convenzione, ma anche degli artt. 6, 10, 11 e 1311. Questo indirizzo della Corte è in linea con il sentire europeo e planetario. Infatti, sebbene, come già detto, la Convenzione non sancisce il diritto ad un ambiente sano, l'art. 37 della Carte dei diritti fondamentali

⁷DE SALVIA, *Ambiente e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo n. 2/1997.

⁸ BALDASSARRE, voce *Diritti sociali* in Enciclopedia giuridica Treccani, XI, 1989; MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995.

⁹ A riguardo si vedano: sentenza Corte EDU *Kirstatos c. Grecia*, sentenza Corte EDU *Halton c. Regno Unito*, sentenza Corte EDU *Jughali c. Georgia*.

¹⁰ COLACINO, La tutela dell'ambiente nel sistema della convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni elementi di giurisprudenza, in Diritto e gestione dell'ambiente n. 2/2001.

II SACCUCCI, La protezione dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani in CALIGIURI, CATALDI, NAPOLETANO, La tutela dei diritti umani in Europa: tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali, Cacucci, 2010; PITEA, Diritto internazionale e democrazia ambientale, ESI, 2013; RUOZZI, La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, Jovene, 2011.

dell'Unione europea recita: «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». Dal Protocollo di Kyoto emerge che il problema ambientale ha una dimensione sovranazionale, dato che l'inquinamento non conosce frontiere. Questa attenzione planetaria logicamente converge con la tutela dei diritti umani. Pertanto, essendo la Convenzione "strumento vivo" che si evolve continuamente, alle nuove esigenze sociali dovute ai cambiamenti l'interpretazione della CEDU¹², la Corte, sulla scorta dell'interpretazione delle norme in chiave ambientalistica, ha imposto obblighi positivi attraverso la previsione di interventi di protezione e/o risanamento e la mancata predisposizione di tali misure è stata ritenuta una violazione della Convenzione, comportando il risarcimento del danno alle vittime. Le questioni ambientali hanno iniziato ad interessare la Corte di Strasburgo dai primi anni Novanta, in particolar modo con la sentenza Lopez Ostra c. Spagna del 1994. In essa, per la prima volta, è stata riconosciuta la violazione dell'art. 8 della Convenzione in riferimento all'impedimento del pieno godimento della propria vita privata e familiare e si è attuata una tutela indipendentemente da un danno alla salute, ma riconoscendo una compromissione del proprio benessere.

Com'è noto, la legittimazione attiva dinanzi alla Corte di Strasburgo spetta esclusivamente ai soggetti direttamente colpiti dalla violazione, non essendo ammessa l'actio popularis; ma è indubbio che, in tale ambito, la tutela individuale abbia dei riflessi su tutta la società, incidendo sulla protezione ambientale. Si è dato così il via ad una serie di azioni che si pongono molto al limite tra i diritti individuali e gli interessi collettivi¹³. Nella sentenza Cordella, infatti, la Corte osserva che «l'inquinamento ambientale dell'Ilva ha posto in pericolo sia la salute dei ricorrenti, sia, più in generale, quella dell'intera popolazione esposta». I Giudici di Strasburgo, nella sentenza in esame, hanno accertato la violazione del diritto alla vita privata, sancito dall'art. 8 ed il diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 13, che negli strumenti italiani di fatto non offriva alcun rimedio. Lo Stato italiano, secondo la Corte, «non ha saputo trovare un punto di equilibrio tra l'interesse dei singoli al benessere ed alla qualità della vita e quello della società alla prosecuzione della produzione». Il diritto all'ambiente salubre rappresenta, anche qui, solo una rielaborazione ermeneutica di diritti già esistenti, poiché non può parlarsi di diritto all'integrità dell'ambiente tout - court¹⁴. In questa sua dimensione "green" la giurisprudenza della Corte EDU ha dovuto, però, affrontare due problematiche.

La prima è relativa al contemperamento del diritto alla vita e quello alla vita privata nella dimensione ecologica.

La seconda questione, invece, riguarda l'incompletezza della tutela offerta dalla Convenzione per ciò che riguarda i rapporti tra ambiente e salute umana.

¹² Sentenza Corte EDU Tyrer c. Gran Bretagna.

¹³ ZAGREBELSKY, CHENA, TOMASI, Manuale dei diritti fondamentali in Europa, II ed., Il Mulino, 2019; HARRIS, O'BOILE, WARBICK, Law of the European Convention on Human Rights, IV ed., Oxford, 2018; UBERTIS, La tutela dei diritti dell'uomo davanti alla Corte di Strasburgo: Corte di Strasburgo e giustizia penale, Giappichelli, 2016.

¹⁴ GRASSI, Relazione introduttiva in Diritti umani e ambiente, ECP, 2000; ALPA, Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: nuovo diritto o espediente tecnico, in AA.VV., Ambiente e diritto, 1999.

5. I riflessi delle valutazioni nel merito sulla nozione di "vittima".

Con la sentenza Cordella e altri c. Italia la Corte di Strasburgo ha ribadito alcuni principi in tema di danno ambientale mirando, almeno apparentemente, all'apertura dei confini sinora tracciati in tema di tutela dei diritti individuali e tutela dell'ambiente. La sentenza è stata emessa a seguito della proposizione negli anni 2013 e 2015 di due ricorsi, successivamente riuniti in un unico procedimento, da parte di centottanta residenti a Taranto o in comuni limitrofi. I ricorrenti lamentavano la violazione da parte dello Stato italiano degli artt. 2-8-13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo per le emissioni nocive dello stabilimento siderurgico tarantino ex ILVA S.p.A., che avevano delle gravissime ripercussioni sulla salute degli abitanti della zona. In particolare, veniva contestata la mancata adozione da parte dello Stato di misure normative idonee a proteggere la salute degli individui e l'ambiente, nonché l'omissione di informazioni sui livelli di inquinamento della zona e sui conseguenti rischi per la salute degli abitanti. I Comuni che già dal 1990 erano stati individuati dal Consiglio dei ministri come "ad elevato rischio di crisi ambientale" erano quelli di Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola e Statte. A fondamento delle loro doglianze i ricorrenti presentavano le risultanze di rapporti istituzionali e studi scientifici pubblicati nell'arco temporale tra il 1997 e il 2007, dai quali emergeva l'indiscutibile esistenza di un nesso eziologico tra le emissioni nocive dell'acciaieria e l'aumento dell'insorgenza di patologie cardiovascolari, tumorali, respiratorie e digestive nella popolazione esposta. In particolare, dal rapporto SENTIERI del 2012, redatto a cura dell'Istituto Superiore di Sanità su richiesta del Ministero della salute, emergeva che il numero di decessi per le patologie succitate di uomini e donne che risiedevano nella zona interessata erano superiori alla media nazionale.

Come già evidenziato, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 della Convenzione, rammentando che «i danni gravi arrecati all'ambiente possono compromettere il benessere delle persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo tale da nuocere alla loro vita privata»¹⁵. Tralasciando le questioni inerenti al mancato riconoscimento di un risarcimento per il danno morale subìto dai ricorrenti, che saranno trattate di seguito, ciò che viene in rilievo è il fatto che nella sentenza venga rimarcata a più riprese l'inesistenza di un autonomo "diritto ad un ambiente sano" codificato all'interno della Convenzione. Il danno ambientale è affrontato dal punto di vista delle tutele approntate dagli artt. 2 e 8 della Convenzione, poiché i pregiudizi derivanti da un ambiente inquinato possono tradursi in violazioni del diritto alla vita e diritto alla vita privata, entrambi positivizzati¹⁶. La mancanza evidenziata ha influito anche nel modo in cui la Corte Europea ha affrontato una delle questioni preliminari sollevate dallo Stato italiano sulla ricevibilità dei ricorsi. Facendo un breve passo indietro: il Governo costituendosi in giudizio aveva sollevato una serie di eccezioni preliminari, con cui aveva anche contestato la qualità di vittime dei ricorrenti. Secondo il resistente, i promotori del ricorso avevano adito la Corte Europea

¹⁵ Sentenza Cordella e altri c. Italia, § 156.

¹⁶ La riconduzione dei pregiudizi derivanti dalle situazioni di contaminazione ambientale all'interno delle violazioni degli artt. 2 e 8 della Convenzione e, di conseguenza, degli artt. 6-10-11-13 è ormai quasi una prassi della Corte europea e trova la sua origine nella pronuncia degli anni '90 *Lopez Ostra c. Spagna* [v.par.3].

per difendere la violazione di un interesse generale e non la violazione di un diritto individuale, condizione, quest'ultima, imprescindibile per la presentazione di un ricorso dinanzi alla Corte di Strasburgo. Il riferimento era all'art. 34 della Convenzione che al primo paragrafo sancisce: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi Protocolli. (...)» . Per comprendere l'eccezione sollevata dal Governo e la successiva valutazione della Corte è necessario dapprima definire la nozione di vittima¹⁷. Nel contesto della CEDU il termine "vittima" si riferisce alla persona interessata dalla violazione del diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione, ricomprendendo anche tutti quei soggetti, le vittime "indirette", che sarebbero danneggiate dalla violazione o che avrebbero un interesse valido e personale alla sua cessazione¹⁸. La definizione non è rigida, ma suscettibile di evoluzione alla luce dei mutamenti della società contemporanea¹⁹; gode di una autonomia interpretativa rispetto alle norme di diritto interno relative all'interesse e alla capacità di agire; non esige l'esistenza di un pregiudizio e può essere sufficiente ad integrare una violazione anche un atto che abbia effetti giuridici temporanei²⁰.

Secondo la Giurisprudenza CEDU un ricorrente può essere una vittima anche solo potenziale²¹, purché provi ragionevolmente e concretamente, senza affidarsi a meri sospetti o congetture, il verificarsi di una violazione che inciderà personalmente su di lui²². Le aperture e l'elasticità riconosciute alla qualità di "vittima" del ricorrente non possono sconfinare però in una actio popularis, ossia in un'azione proposta al solo fine di tutelare interessi generali di particolare rilevanza interpretando i diritti garantiti dalla Convenzione²³ senza che vi sia una effettiva violazione delle norme codificate che abbia colpito i proponenti del ricorso; questo in quanto la Corte di Strasburgo ha competenza di Giudice dei diritti fondamentali individuali. Nel caso di specie, secondo il Governo italiano il fatto che i procedimenti avviati riguardassero la ripercussione sulla salute pubblica delle contaminazioni ambientali causate dagli effluvi dell'acciaieria tarantina avrebbe attribuito loro la natura di actio popularis, soprattutto in virtù del fatto che la maggior parte dei ricorrenti risultava risiedere in Comuni differenti dalla città di Taranto, unica zona, a loro dire, interessata dall'inquinamento ambientale (§95-96-97). La Corte Europea, nell'esaminare l'eccezione preliminare, ha ribadito a sua volta l'inammissibilità della actio popularis e ha affermato che né l'art. 8, né qualsiasi altra disposizione della Convenzione garantiscono una protezione generale dell'ambiente in quanto tale (§99). La questione viene però superata prendendo in considerazione quale

¹⁷ Il 90% dei ricorsi proposti dinanzi alla Corte di Strasburgo viene dichiarato irricevibile. Per questo motivo è stata stilata una vera e propria guida ai criteri di ammissibilità, reperibile sul sito della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che descrive i requisiti di ammissibilità di un ricorso e contenente anche la precisa definizione di *vittima*.
¹⁸ *Vallianatos e altri c. Grecia*, §§ 47 cit. in: *Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità*, Consiglio d'Europa / Corte europea dei diritti dell'uomo, 2014, p.14.

¹⁹ Monnat c. Svizzera § 30-33, GorraizLizarraga e altri c. Spagna, § 38; Stukus e altri c. Polonia, § 35; Zietal c. Polonia, §§ 54-59, cit. in Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità, p. 14.

²⁰ Brumărescu c. Romania, § 50; Monnat c. Svizzera, § cit., Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità, cit. p.14.

²¹ Klass e altri c. Germania; Soering c. Regno Unito, cit. in Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità, cit. p.16.

²² Senator Lines GmbH c. quindici Stati membri dell'Unione europea, cit. in Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità, cit. p.16.

²³ Aksu c. Turchia, § 50; Burden c. Regno Unito, § 33, cit. in Guida pratica sulle condizioni di ricevibilità, cit. p.16.

"elemento cruciale" al fine di stabilire se il danno ambientale lamentato dai ricorrenti abbia comportato la violazione dell'art. 8 della Convenzione «l'esistenza di un effetto nefasto sulla sfera privata e familiare di una persona e non semplicemente il degrado generale dell'ambiente» (§100). La Corte ha aggirato la questione preliminare rilevando che, se è vero che i rapporti e gli studi presentati a fondamento dei ricorsi mostrano l'esistenza di un nesso causale tra l'attività produttiva dell'Ilva di Taranto e la compromissione della situazione sanitaria, tale da avere conseguenze deleterie sul benessere dei ricorrenti, gli interessati devono essere individuati con riferimento alla residenza nelle zone classificate come a rischio e incluse nei siti di bonifica di interesse nazionale (SIN) con decreto del Ministero dell'Ambiente del 10 gennaio 2000: Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola e Statte. In forza di tali considerazioni, la Corte ha stralciato la posizione di diciannove ricorrenti residenti in comuni differenti da quelli indicati, accogliendo in questa misura l'eccezione del Governo e respingendola per tutti gli altri ricorrenti.

Secondo la Corte di Strasburgo, infatti, il pericolo che l'inquinamento di un determinato settore diventi potenzialmente pericoloso per la salute e il benessere di coloro che vi sono esposti è una mera presunzione e i ricorrenti nei cui confronti è stata dichiarata l'irricevibilità non hanno offerto elementi sufficienti a dimostrare di essere stati personalmente colpiti dalla situazione di degrado ambientale denunciata. La decisione può ritenersi coerente con il sistema della tutela dei diritti individuali in presenza di danni ambientali delineato dalla Convenzione. È inutile nascondere, però, che la peculiarità della materia assottiglia notevolmente il confine tra la violazione di un diritto individuale e il far valere un interesse generale collettivo: risulta impossibile non considerare i "riflessi erga omnes" delle pronunce in materia ambientale24 che vanno ad incidere su delicate questioni quali la protezione delle risorse naturali²⁵. Di questo la Corte sembrerebbe essere pienamente consapevole: infatti nel dichiarare la violazione dell'art. 8 della Convenzione, dapprima afferma che «non può che prendere atto del protrarsi di una situazione di inquinamento ambientale che mette in pericolo la salute dei ricorrenti e, più in generale, quella di tutta la popolazione residente nelle zone a rischio» (§171) ma soprattutto constata che non è stato rispettato «da una parte l'interesse dei ricorrenti a non subire gravi danni all'ambiente che possano compromettere il loro benessere e la loro vita privata e, dall'altra, l'interesse della società nel suo insieme». Vi è quindi una chiara ammissione del fatto che la mancanza di un adeguato sistema di protezione dagli effetti nocivi dell'inquinamento espone a rischi sul piano della salute da cui bisogna essere tutelati a prescindere dalla possibilità di dimostrare la compromissione effettiva del "benessere".

Queste affermazioni potrebbero rappresentare un tentativo di sfondamento di quel muro imposto dalla mancanza di un vero e proprio "diritto ad un ambiente sano", la cui esistenza avrebbe permesso il superamento delle questioni di ricevibilità sollevate nel caso di specie e reso legittima, a fronte di un adeguato assolvimento di tutti gli oneri probatori, la posizione di tutti i ricorrenti. Il riconoscimento di un autonomo diritto ad un ambiente salubre permetterebbe di ricomprendere nella nozione di "vittima" tutti coloro che pur vivendo una situazione di degrado ambientale, non sono messi nelle

²⁴ Così ZIRULIA, Ambiente e Diritti Umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva, in Diritto penale contemporaneo, fasc. 3/2019 cit., p.147.

²⁵ ZIRULIA, AMBIENTE e Diritti Umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva, cit..

condizioni di dimostrare la riconduzione della loro situazione all'interno delle violazioni dei diritti sostanziali positivizzati nella Convenzione. Tale ampliamento della tutela necessiterebbe, a sua volta, il tracciamento di ulteriori confini che definiscano i limiti entro i quali il diritto ad un ambiente salubre potrebbe essere legittimamente sacrificato in nome dei diritti sociali ed economici, auspicando anche un riflesso in questo senso sui meccanismi nazionali. La fissazione di punti fermi è necessaria anche al fine di arginare le possibilità di un abuso degli strumenti di tutela processuale dei diritti fondamentali.

6. Le "mancanze" della sentenza Cordella: sentenza pilota e risarcimento del danno non patrimoniale. Considerazioni conclusive.

Il diritto ad un ambiente salubre e il relativo tema della risarcibilità di una sua eventuale lesione hanno subìto un'evoluzione incerta e confusionaria. In Italia, tra gli anni Settanta ed Ottanta del secolo scorso si è formato un duplice indirizzo. Il primo trova il proprio fondamento nel leading case in materia di diritto ambientale, costituito dalla celebre sentenza della Corte di Cassazione nel caso Cassa per il Mezzogiorno c. Langiano, Masino e Donadio, n. 5172/1979²⁶, con cui la Suprema Corte ha sottolineato che il diritto alla salute non rileva tanto come diritto alla vita e/o all'incolumità fisica del singolo cittadino, quanto come diritto all'ambiente salubre che trova il proprio fondamento negli articoli 2 e 32 della Costituzione, azionabile da parte di qualsiasi cittadino ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. Viceversa, il secondo indirizzo, di contrario avviso e sostenuto, in particolar modo, dalla Corte dei conti²⁷, considera il danno all'ambiente quale danno erariale, pubblicistico e tutelabile esclusivamente da parte dello Stato. È emersa, pertanto, una sostanziale differenza tra danno ambientale collettivo e danno ambientale individuale²⁸, per quanto già la citata sentenza della Corte di Cassazione avesse ben stabilito sul tema, sancendo che «non può essere negata tutela a chiunque sia interessato in relazione a un bene giuridicamente protetto per la sola ragione che questo non appare attribuito né attribuibile a lui in modo esclusivo. La prospettiva secondo la quale vi è protezione giuridica soltanto in caso di collegamento esclusivo fra un bene (o una frazione di esso) ed un solo determinato individuo o un gruppo personificato – e quindi assimilato all'individuo – è condizionata da un'impostazione di tipo patrimoniale della giuridicità e rischia di mortificare in ragione del condizionamento l'irresistibile tendenza all'azionabilità delle pretese che è cardine della nostra Costituzione». Sul punto, tuttavia, sorgono differenti criticità. In particolare, ci si domanda se effettivamente esista una via per la risarcibilità, individuale, della lesione al diritto ad un ambiente salubre.

Anche nello stesso *caso Cordella*, la Corte di Strasburgo ha sì condannato l'Italia per aver violato l'art. 8 CEDU, in quanto non ha adottato misure idonee a proteggere l'ambiente dalle emissioni dello stabilimento ex Ilva, non tutelando il benessere²⁹ degli

²⁶ Cass. Sez. un., 06.10.1979, n. 5172, in Foro It., 1979, I, 2302.

²⁷ In particolare, si veda Corte dei conti, 18.09.1980 n. 868, in Foro It., 1981, III, 167.

²⁸ Sul tema, MAZZOLA, *I nuovi danni*, CEDAM, 2008; FIALE, *Il risarcimento del danno ambientale e il regime della responsabilità*, in giuristiambiente.it.

²⁹ «L'inquinamento ha avuto senza dubbio conseguenze nefaste sul benessere dei ricorrenti interessati», § 106. Ed ancora «La Corte rammenta che dei danni gravi arrecati all'ambiente possono compromettere il benessere delle

abitanti dei quartieri limitrofi allo stabilimento stesso, ma non ha assegnato alcun risarcimento ai ricorrenti. Certamente, uno degli obiettivi del procedimento giudiziario instaurato è stato quello di far accertare alla Corte di Strasburgo l'esistenza di una violazione sistemica della Convenzione EDU da parte dello Stato italiano. Conseguentemente se, da un lato, la pronuncia della Corte EDU ha accertato la violazione dei diritti dei ricorrenti, dall'altro non si può non nutrire dubbi sulla scelta di non applicare la procedura della sentenza pilota³⁰, pur sollecitata dagli stessi ricorrenti. Tuttavia, la Corte non ha ritenuto necessario applicare la procedura della sentenza pilota³¹, limitandosi a riconoscere la responsabilità dello Stato³². Invero, è certamente positiva la scelta della Corte di Strasburgo di condannare lo Stato italiano all'adozione di tutte le misure necessarie per tutelare l'ambiente e la salute della popolazione interessata. Tale statuizione, infatti, potrebbe produrre due ordini di effetti positivi. In primo luogo, il riconoscimento della violazione degli articoli 8 e 13 della Convenzione fornisce un precedente per tutti i soggetti che vivano in zone degradate dal punto di vista ambientale, i quali possono azionare il proprio diritto ad un ambiente salubre, con ripercussioni dirette anche sulla giurisprudenza nazionale, tenuta ad uniformarsi all'interpretazione dei Giudici di Strasburgo. Inoltre, al fine di evitare ricorsi a catena e continue condanne da parte della Corte EDU, sarà preminente l'interesse dello Stato italiano – così come di tutti gli altri Stati sottoscrittori della Convenzione – a adottare soluzioni rapide ed effettive in tema di protezione e tutela ambientale. A tali aspetti positivi fa, tuttavia, da contraltare la decisione, peraltro scarsamente motivata, di non riconoscere alcun risarcimento – eccezion fatta per € 5.000,00, per ciascun ricorrente, per le spese di giustizia – per i danni non patrimoniali. Invero, il collegio ha ritenuto che l'accertamento delle violazioni costituisse, di per sé, «un'equa compensazione sufficiente per il danno morale subito»³³. La ratio alla base di tale soluzione si potrebbe rintracciare nella sottolineatura, da parte dei Giudici, che il petitum della causa non fosse, di fatto, il nesso causale tra emissioni e malattia, ma l'incapacità dello Stato italiano di provvedere alla tutela della salute e dell'ambiente ed il conseguente obbligo positivo di attuare, quanto prima, il piano ambientale.

In definitiva, la tutela ambientale e il riconoscimento di un autonomo diritto ad un ambiente salubre non sono certamente facili da ottenere. Sebbene appaia indubbia l'opportunità di un intervento anche degli strumenti di diritto internazionale (il così detto "diritto internazionale dell'ambiente"), l'idea di creare un nuovo soggetto di diritto internazionale generalmente competente in ambito ambientale potrebbe produrre ulteriori problematiche, quali il riparto di competenze o, ancor prima, l'adesione degli Stati ad esso. Appare, probabilmente, più percorribile una soluzione a livello regionale e locale, in grado di smuovere l'apparato dei diritti fondamentali,

persone e privarle del godimento del loro domicilio in modo tale da nuocere alla loro vita privata», § 156.

³⁰ La procedura di sentenza pilota è la tecnica decisoria che consente alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di accertare non solo l'inadempimento nel caso concreto, ma anche il sottostante problema strutturale e, quindi, l'esistenza, nell'ordinamento dello Stato responsabile, di una legislazione o di una prassi amministrativa o giudiziaria che causino violazione sistemica e continuativa della Convenzione EDU.

³¹ Caso Cordella e altri c. Italia, op. cit., § 177 – 179.

³² In merito, Luzzi, *Il "caso Ilva" nel dialogo tra le Corti (osservazioni a margine della sentenza Cordella e altri c. Italia della Corte EDU)* in Consulta Online, II, 2019.

³³ ZIRULIA, Ambiente e diritti umani nella Sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva, cit., p. 136.

facendovi rientrare anche "il diritto ad un ambiente sano", esigenza consolidata dalle numerose iniziative nate "dal basso" proprio come i ricorsi sinora analizzati.

Il diritto ambientale, seppur considerato "nuovo" sullo scenario globale, risulta ancora oggi un fenomeno trascurato e privo di tutela, «che induce a ritenere che nei prossimi anni il suo complessivo sviluppo sarà affidato non a disegni normativi o a congressi internazionali, bensì alle singole comunità locali e alle condotte dei soggetti coinvolti»³⁴.

³⁴ NESPOR, *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: le origini*, cit., secondo cui, spostando l'attenzione sulla tutela ambientale in ambito regionale o locale non bisognerebbe essere pessimisti, in quanto il diritto ambientale «*si è consolidato e rafforzato in tutti quei livelli in cui più conta la partecipazione dei cittadini e il sostegno della pubblica opinione*».

TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI E APPALTI DEL CONCESSIONARIO AEROPORTUALE.

Tra tassatività del precetto penale e disciplina pubblicistica di un settore speciale.

Claudio Costanzi

ABSTRACT (IT): Il reato di turbata libertà degli incanti espone da sempre il penalista davanti alla necessità di individuare preliminarmente la qualificazione giuridica di procedure di selezione del contraente poste in essere da soggetti diversi dalla Pubblica Amministrazione, sulla scorta di norme primarie e secondare non sempre di facile ricostruzione. Il settore speciale della gestione e manutenzione di aeroporti di cui all'art. 119 D. Lgs. 50/2016 è, in questi termini, foriero di dubbi interpretativi connessi all'assenza di una compiuta individuazione normativa dei servizi da aggiudicare tramite incanti e servizi aggiudicabili, di converso, anche senza procedure ad evidenza pubblica. La distinzione appare cruciale al fine di determinare la sussistenza dei presupposti oggettivi del reato di cui all'art. 353 c.p., le cui maglie dovrebbero rimanere serrate alla luce del principio di tassatività e frammentarietà.

ABSTRACT (EN): The crime of disturbed freedom of tenders has always exposed the criminal lawyer to the need to identify initially the legal qualification of contractor selection procedures, put in place by private legal entity other than the Public Administration, on the basis of primary and secondary rules that are not always easy to reconstruct. The special sector of airport management and maintenance (art. 119, Italian Legislative Decree 50/2016) is, in these terms, harbinger of interpretative doubts related to the absence of a complete regulatory identification of the services that ought be awarded through tenders and services that can be awarded, conversely, even without public evidence procedures. The distinction appears crucial in order to determine the existence of the objective presuppositions of the crime referred to in art. 353 of the Italian Criminal Code, whose links should remain tight in the light of the principle of fragmentation in criminal Law.

SOMMARIO: **1.** – Premessa. Il reato di turbata libertà di scelta del contraente; **2.** – I settori speciali e il principio di strumentalità nel Codice dei contratti pubblici; **3.** – Le concessioni aeroportuali e principio di strumentalità; **4.** – Un caso recente di rilevanza a fini penalistici della qualificazione del sub-affidamento del servizio. Il servizio di sgombero neve; **5** – Conclusioni. Le interferenze tra diritto amministrativo e diritto penale.

1. Premessa. Il reato di turbata libertà di scelta del contraente.

L'analisi della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di delitti contro il regolare svolgimento di evidenze pubbliche fa emergere uno sforzo interpretativo non indifferente nell'individuazione, in particolare, degli esatti confini dell'elemento oggettivo del reato di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 c.p.¹, da sempre crocevia di norme di diritto penale e di diritto amministrativo, dal cui confronto non di rado emergono difficoltà di coordinamento. Le norme di diritto penale e di diritto amministrativo perseguono, infatti, fini non coincidenti e rispondono a esigenze e principi diversi. Ciononostante, non di rado si assiste ad un'ampia tutela penalistica dei beni di buon andamento ed efficienza della pubblica amministrazione, principi immanenti dell'intera normativa in tema di contratti pubblici. Talché, al penalista possono prospettarsi questioni squisitamente amministrativistiche in tema di qualificazione di soggetti, condotte e procedure ai fini dell'applicazione di norme penali. Nella specie, il reato di cui all'art. 353 c.p. è posto a presidio del libero e corretto svolgimento delle gare pubbliche per la selezione del contraente, attraverso le quali si concretizza la concorrenza che, oltre ad essere principio cardine dell'ordinamento europeo, rappresenta l'essenza del principio di buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost., applicato al settore dei lavori pubblici.

Trattandosi di reato comune e di mera condotta a forma vincolata, il reato di turbata libertà degli incanti si perfeziona con l'impedimento o il turbamento di una competizione pubblica tra operatori economici ovvero con l'allontanamento degli offerenti mediante violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti. Una delle questioni che occupa maggiormente la giurisprudenza di legittimità è, invero, la definizione di competizione in relazione alla quale la condotta illecita sopradescritta va accertata. La natura stessa di "pubblici incanti" o "licitazioni private", banditi per conto di pubbliche amministrazioni, presuppone l'esatto inquadramento giuridico della procedura competitiva, anche in ottica di tutela della prevedibilità della sanzione penale, quale corollario del principio di legalità.

A ben guardare, sono moltissime le pronunce che hanno esteso il concetto di pubblico incanto rilevante ai fini della configurabilità di cui all'art. 353 c.p. Si ricordi, ad esempio, la sentenza. Cass. Pen., n. 29581/2011, per la quale «il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione nella quale la p.a. proceda all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il nomen iuris conferito alla procedura e anche in assenza di formalità», e, cioè, ogni qual volta vi sia l'obbligo di procedere alla selezione di un contraente secondo criteri legali. Con particolare riguardo al principio di legalità e al divieto di analogia in malam partem, con la medesima pronuncia la Cassazione ha concluso, valorizzando la ratio della previsione normativa, per la configurabilità del reato anche in caso di «gare informali o di consultazione [...] in quanto il fondamento della fattispecie incriminatrice è garantire il regolare svolgimento di tutte le suddette procedure» legali di selezione². Nell'articolato novero di procedure

¹ Su tutte, oltre a Cass. Pen. n. 11366/2020 di cui al paragrafo n. 4, si v. Cass. Pen. n. 49266/2917 in tema di procedure di selezione del contraente per la realizzazione di un'opera pubblica realizzata dal privato a norma dell'art. 31, comma 1, lett. g), D. Lgs. 163/2006; Cass. Pen., n. 31957/2019 e Cass. Pen. n. 39379/2019 in tema di contratti sottosoglia ai sensi dell'art. 36 del D. Lgs. 50/2016, aggiudicabili previa discrezionale valutazione della offerta migliore per convenienza, efficienza e opportunità nel rispetto del principio di rotazione; più in generale, sui presupposti del reato *de quo* anche in caso di procedure informali e atipiche, si v. Cass. Pen. n. 8044/2016 e Cass. Pen. n. 29581/2011.

² Conformemente, la sentenza Cass. Pen., n. 11005/2009 ha statuito che «ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 353 c.p., occorre pur sempre che vi sia una gara: pubblici incanti, licitazioni o anche quelle procedute cosiddette informali o di consultazione nelle quali la p.a. fa dipendente l'aggiudicazione di opere, forniture o servizi dall'esito dei contratti avuti con persone fisiche o rappresentanti di quelle giuridiche le quali, consapevoli delle

per l'aggiudicazione di contratti pubblici, la tassativa qualificazione pubblicistica della procedura di gara rappresenta, infatti, un requisito irrinunciabile della fattispecie penale³. Risulta evidente che, per la natura stessa del bene giuridico tutelato dal delitto di cui all'art. 353 c.p., rientrante nel Titolo II del Libro II, rubricato "Delitti contro la P.A.", tale reato non è configurabile in caso di procedure che, per l'aggiudicazione dell'appalto, prevedano la trattativa squisitamente privata e libera, né nelle gare pubbliche indette da imprese private, senza esservi obbligate dalla normativa sui lavori pubblici in ragione dell'oggetto delle stesse.

Ebbene, proprio con riferimento alle gare di appalto bandite da soggetti privati variamente qualificati possono sorgere questioni applicative del delitto de quo, ogniqualvolta vi siano condotte impeditive o turbative di cui sia incerta l'annoverabilità tra le procedure soggette alla normativa pubblicistica. Tale questione risulta assai rilevante nel caso di procedure ad evidenza pubblica bandite da società private, titolari di concessione per la gestione di uno dei settori speciali di cui al Titolo VI del D. Lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici). In tale ipotesi, è richiesto al penalista l'inquadramento della procedura entro un chiaro quadro normativo, con profonde interferenze tra diritto penale e amministrativo che offrono spunti di riflessione di estremo interesse. Con la recente sentenza n. 11366/2020, riguardante l'affidamento di un servizio di sgombero neve da parte di un gestore aeroportuale in concessione, la Corte di cassazione offre un valido esempio di come tale interferenza non sia sempre agevole e di quanto importante sia l'esatta annoverabilità di una procedura di selezione del contraente nell'alveo del diritto dei contratti pubblici, anche ai fini di assicurare la conoscibilità del precetto normativo e la prevedibilità della sanzione penale. Sembra dunque utile premettere brevi cenni all'inquadramento normativo degli affidamenti nei settori speciali e, in particolare, in quello aeroportuale.

2. I settori speciali e il principio di strumentalità nel Codice dei contratti pubblici.

Come noto, nell'ambito della disciplina dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016, con disciplina invero analoga a quella contenuta nel precedente D. Lgs. 163/2006), il settore aeroportuale è qualificato come settore speciale, cui risulta applicabile il Capo I, rubricato "Appalti nei settori speciali", del Titolo IV, rubricato "Regimi particolari di appalto", del D. Lgs. 50/2016, giusta la previsione dell'art. 119 del medesimo⁴. Tale norma prevede l'estensione della disciplina degli appalti nei settori speciali alle «attività relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti, porti marittimi o interni e di altri terminali di trasporto ai vettori aerei, marittimi e fluviali». A tali oneri di evidenza pubblica, peraltro, l'art. 114 del D. Lgs. 50/2016 assoggetta tutti i soggetti giuridici che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle previste dai successivi articoli da 115 a 121 del Codice medesimo ed operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, tra cui i gestori aeroportuali.

offerte di terzi, propongono le proprie condizioni quale contropartita di ciò che sere alla p.a.». Cfr. anche Cass. Pen., n. 8044/2016.

³ Ancor più chiaro, sul punto, quanto affermato dalla Cassazione Penale con sent. n. 11665/1998, per la quale «il reato di turbata libertà degli incanti non può configurarsi al di fuori delle ipotesi tassativamente previste del pubblico incanto e della licitazione privata, procedimento quest'ultimo che ricorre in ogni caso in cui, indipendentemente dalla formale denominazione data dall'amministrazione che procede alla procedura finalizzata alla aggiudicazione, venga indetta una gara tra più concorrenti preselezionati dalla p.a., con la predeterminazione di criteri per l'individuazione del vincitore».

⁴ Sul tema in generale si rinvia a A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali: L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, Giappichelli, 2018.

Analoga previsione era contenuta nel precedente D. Lgs. 163/2006 e, in particolare, all'art. 213, con impiego di locuzioni quali "sfruttamento di area geografica" che si rinveniva già a quella epoca con riferimento alle attività di prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili soldi di cui all'art. 212 del medesimo Codice, nonché "messa a disposizione", permeata da norme in tema di appalti aggiudicati da soggetti operanti nei settori speciali quali quelli di cui all'art. 212, nonché nei settori del gas, energia termica ed elettrica (art. 208), settore idrico (art. 209) e settore dei servizi di trasporto (art. 210). La locuzione "messa a disposizione" è stata usata per tali settori con riferimento ai servizi da offrire al pubblico, mentre per il settore aeroportuale, marittimo o altri terminali di trasporto, che qui si intende prendere in esame più approfonditamente, la "messa a disposizione" è espressamente finalizzata ai vettori aerei, marittimi o fluviali.

La differente destinazione del servizio ha, a lungo, reso incerta l'esatta estensione dell'assoggettabilità alla disciplina pubblicistica dell'affidamento del variegato plesso di strumenti e servizi necessari per la piena ed efficiente fruibilità delle infrastrutture da parte dei vettori. Un'interpretazione estensiva aveva, infatti, già in pendenza del vecchio codice, esteso la nozione di "messa a disposizione" non solo al «terreno appositamente predisposto per l'atterraggio, il decollo e le manovre degli aeromobili», ma anche tutti gli «impianti annessi», necessari per «le esigenze del traffico e il servizio degli aeromobili», nonché gli «impianti necessari per fornire assistenza ai servizi aerei interpretazione estensiva di messa a Tale un'infrastruttura aeroportuale, non limitata al solo sedime stradale della pista di atterraggio, decollo e manovra, ha trovato successiva conferma parte dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, con recepimento nel parere AG/36/2010 del 27 gennaio 2011. In tale contesto, l'onere della gara ad evidenza pubblica e del rispetto delle norme richiamate dall'art. 114 del D. Lgs. 50/2016, si estenderebbe ad un novero ampio di appalti di lavori e servizi, al fine di assicurare, nell'ambito della concessione aeroportuali, un ampio coinvolgimento di operatori economici nell'individuazione dell'affidatario di appalti.

La vis espansiva del concetto di "messa a disposizione" si è comunque conciliata con il principio di tassatività della assoggettabilità alle procedure di scelta del contraente delle sole attività riconducibili ai settori speciali così come descritti, affermato in vigenza del precedente Codice dall'Adunanza Plenaria con la nota sent. n. 16/2011⁶. All'uopo, l'Adunanza Plenaria ha individuato il principio della strumentalità del servizio rispetto all'attività del concessionario nei settori speciali, con il quale occorre colmare le incertezze interpretative in ordine allo spettro applicativo della normativa pubblicistica in tema di affidamento di servizi da parte di quest'ultimo. Non v'è dubbio che, in ossequio al principio immanente della proporzionalità, alla nozione di strumentalità occorre attribuire un significato rigoroso e restrittivo⁷, valorizzando la *ratio* della

⁵Così D. Ielo – R. Rotelli, *Commento all'art. 213*, in G. Ruggieri *et al.* (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2007.

⁶ In Guida al Diritto, 2012, 16 ss. con nota di M. PROVENZANO, Imprese pubbliche: giurisdizione del G.O. se l'appalto è per attività non strumentali, e in Urbanistica e Appalti, 2011, n. 10, con nota di A. NICODEMO, Imprese pubbliche: se l'appalto è estraneo ai settori speciali la giurisdizione è del G.O. Per un commento dello stesso Autore, si v. A. NICODEMO, Imprese pubbliche e settori speciali: L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica, cit., 280 ss. Sul tema della strumentalità, un'ampia disamina della casistica giurisprudenziale sulla natura strumentale o meno di alcuni lavori, servizi o forniture nei settori speciali, si v. R. DEL GIUDICE – P. DELLA PORTA, I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, Maggioli, 2013, 447 ss.

⁷ Sul punto si v. anche la sentenza C. giust. CE 10 aprile 2008 C-393/06, *Aigner*, la quale, in tema di applicazione della Direttiva 2004/17/CE su appalti nei settori c.d. speciali, ha escluso un'interpretazione estensiva dei presupposti applicativi oggettivi e soggettivi. In particolare, ai paragrafi 26, 27 e 30 si legge che «dagli artt. 2-7 della direttiva 2004/17 risulta che il coordinamento da questa effettuato non si estende a tutti i settori dell'attività economica, ma

disciplina pubblicistica dei subaffidamenti nei settori speciali, volta a conservare in essi, non essendo completamente liberalizzati, alcuni crismi del regime dell'evidenza pubblica, improntato al rispetto dei canoni di efficienza, economicità ed efficacia. Nell'interpretazione data nel 2011 dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, e ancora oggi affermata dalla giurisprudenza amministrativa, la strumentalità va individuata in funzione della finalizzazione del servizio rispetto all'attività oggetto di concessione, in un rapporto di "mezzo a fine" o di vera e propria "inclusione" nel "core business" del gestore⁸. Attraverso la nozione di "strumentalità", invero non scolpita in una norma giuridica e non scevra di mutevoli interpretazioni, viene oggi comunemente individuato il criterio discretivo tra servizi suscettibili di affidamento libero a terzi da parte dei concessionari e servizi, di converso, affidabili solo tramite procedure ad evidenza pubblica, nei limiti e con le modalità di cui all'art. 114 D. Lgs. 50/2016.

3. Le concessioni aeroportuali e principio di strumentalità.

Alla luce di quanto emerso in relazione al vincolo di strumentalità, è possibile pervenire ad un inquadramento della disciplina delle procedure di selezione dei contraenti per affidamento di servizi da parte delle società private operanti nello specifico settore della gestione di infrastrutture aeroportuali. Nell'ordinamento italiano, gli aeroporti civili italiani e tutte le costruzioni e gli impianti a supporto della navigazione aerea di cui all'art. 692, comma 1, lett. a) e b) Cod. Nav.⁹, rientrano nel demanio pubblico c.d. aeronautico, assegnati in uso gratuito all'Ente Nazionale Aviazione Civile (ENAC). L'originaria assegnazione degli aeroporti all'ENAC era finalizzata a consentirne l'affidamento in concessione a gestori aeroportuali anche privati per la durata massima di quaranta anni, a norma del successivo art. 693 del medesimo Codice. La selezione del gestore avviene, a norma dell'art. 704 Cod. Nav., su proposta dell'ENAC previa selezione con procedura di gara ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa comunitaria, sentita la regione o provincia autonoma competente per territorio¹⁰.

riguarda settori specificamente definiti, come del resto rileva il fatto che tale direttiva è comunemente denominata «direttiva settoriale». Per contro, l'ambito di applicazione della direttiva 2004/18 abbraccia quasi tutti i settori della vita economica e giustifica così il fatto che essa venga comunemente denominata "direttiva generale". Alla luce di quanto considerato, si deve già fin da ora constatare che la portata generale della direttiva 2004/18 e la portata ristretta della direttiva 2004/17 richiedono che le disposizioni di quest'ultima siano interpretate restrittivamente (...) 30. Di conseguenza, le disposizioni sopra menzionate non lasciano spazio all'applicazione, nell'ambito della direttiva 2004/17, dell'approccio denominato «teoria del contagio», sviluppatasi a seguito della citata sentenza Mannesmann Anlagenbau Austria e a.». In linea con tale orientamento, l'art. 217, d.lgs. n. 163/2006, riproduttivo dell'art. 20, direttiva 2004/17/CE precisava che la disciplina dei settori speciali non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli da 208 a 213 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento materiale di una rete o di un'area geografica all'interno della Comunità.

⁸ Ad. Plen., Sent. n. 16/2011, paragrafo 24. Nel caso di specie, l'Adunanza Plenaria ha escluso la strumentalità del servizio di vigilanza assegnato dall'ENI S.p.A. per la propria sede, per mancanza di finalizzazione del servizio all'attività speciale del gruppo, consistente nella estrazione e commercializzazione del petrolio o del gas. Ed infatti, l'Adunanza ha sottolineato che «la garanzia della sicurezza degli uffici non è certo esclusiva del settore, né si pone ad esso in termini di mezzo a fine, né può essere considerata come inclusa nella gestione di un servizio; diversamente, l'appalto sarebbe stato da ricondurre nella disciplina dei settori speciali (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 luglio 2004 n. 9 sul servizio di pulizia delle stazioni ferroviarie a Grandi Stazioni s.p.a.)».

⁹ R. D. 30 marzo 1942, n. 327.

¹⁰ Il testo dell'art. 704 Cod. Nav. recita: «[...] Il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quaranta anni, è adottato, su proposta dell'ENAC, all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previe idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini

Una volta selezionato tra gli altri operatori economici in funzione di requisiti di qualificazione e piani di investimento, al gestore aeroportuale viene richiesto di sottoscrivere una convenzione con l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, seguita da un contratto di programma, per la regolazione della qualità del servizio e degli investimenti. In funzione delle obbligazioni assunte per l'esercizio del servizio, la convenzione deve prevedere sanzioni e altre cause di decadenza o revoca della concessione in caso di inadempimento, nonché tutte le disposizioni necessarie alla regolazione ed alla vigilanza e controllo da parte dell'ENAC.

L'assunzione di obbligazioni tanto significative verso la conservazione di un servizio pubblico essenziale quale il trasporto aereo attraverso una convenzione con l'ENAC, è in ogni caso subordinato al rispetto degli obblighi che la l'art. 705 Cod. Nav. pone a carico del gestore aeroportuale, definito quale «soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato. L'idoneità del gestore aeroportuale a espletare le attività di cui al presente comma, nel rispetto degli standard tecnici di sicurezza, è attestata dalla certificazione rilasciata dall'ENAC». Ben si comprende, quindi, l'importanza dei piani di investimento nelle procedure di selezione del gestore, in quanto l'amministrazione e gestione di aeroportuali generano costi ingenti, non sacrificabili massimizzazione dei profitti a discapito della sicurezza dell'aviazione civile e dell'utenza. Orbene, tra le obbligazioni essenziali che tale amministrazione e gestione non può non prevedere si possono menzionare, oltre alla corresponsione del canone di concessione, la gestione della sicurezza degli scali, l'adozione di una carta di servizi assicurati a tutti gli utenti e, ovviamente, l'«efficiente ed ottimale utilizzazione delle risorse per la fornitura di attività e di servizi di livello qualitativo adeguato» a garantire il servizio aeroportuale. Tale quadro ben rappresenta la complessa articolazione nel concreto del core business del gestore aeroportuale, afferente beni e servizi di c.d. "aviation", sul quale, in virtù della ricomprensione dello stesso nell'ambito dei settori speciali, gravano oneri di provvedere la selezione per evidenza pubblica, attraverso le diverse procedure richiamate all'art. 114 D. Lgs. 50/2016, dei contraenti dei servizi strumentali a tali attività. In particolare, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 7031 del 12 dicembre 2018 ha affermato che la «strumentalità va appurata [..] rispetto all'attività concernente lo sfruttamento del sedime aeroportuale per il funzionamento della relativa struttura» e, per l'effetto, «devono ritenersi incluse nel perimetro di cui al trascritto art. 119 tutte le attività necessarie a soddisfare le esigenze del traffico aereo, dal momento

procedimentali fissati dall'ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione. Alle procedure di gara sono ammesse a partecipare anche imprese straniere non comunitarie, a condizione che istituiscano in Italia una sede secondaria e lo Stato in cui esse hanno la sede principale ammetta imprese italiane a condizioni di reciprocità. L'affidamento in concessione è subordinato alla sottoscrizione di una convenzione fra il gestore aeroportuale e l'ENAC, nel rispetto delle direttive emanate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. L'ENAC e il gestore aeroportuale stipulano altresì, entro sei mesi dalla conclusione del primo esercizio finanziario successivo all'affidamento in concessione, un contratto di programma che recepisce la vigente disciplina di regolazione aeroportuale emanata dal CIPE in materia di investimenti, corrispettivi e qualità, e quella recata dall'articolo 11-nonies del decreto-legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248. La convenzione deve contenere il termine, almeno quadriennale, per la verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e delle altre condizioni che hanno determinato il rilascio del titolo, compresa la rispondenza dell'effettivo sviluppo e della qualità del servizio reso agli operatori e agli utenti alle previsioni contenute nei piani di investimento di cui all'atto di concessione. Deve inoltre contenere le modalità di definizione ed approvazione dei programmi quadriennali di intervento, le sanzioni e le altre cause di decadenza o revoca della concessione, nonché' le disposizioni necessarie alla regolazione ed alla vigilanza e controllo del settore».

dell'atterraggio a quello del decollo, nonché quelle immediatamente e direttamente correlate allo svolgimento del servizio di trasporto, che riguardano merci e passeggeri». Pertanto, con la citata sentenza il Consiglio di Stato ha escluso che l'affidamento di uno spazio all'interno dell'aerostazione da attribuire ad una società di cambio di valute possa configurarsi come diretto e strumentale alle specifiche attività svolte dall'ente gestore, nell'ambito del settore speciale di propria pertinenza (attività di aviation), dichiarando il conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Sotto tale profilo, una copiosa giurisprudenza si è occupata di riconoscere o escludere la strumentalità al servizio aeroportuale di attività collaterali, con conseguente sussistenza per il concessionario dell'obbligo di applicare le procedure del Codice dei contratti pubblichi applicabili ai settori speciali. A titolo di esempio, è utile ricordare che la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto la strumentalità alla "messa a disposizione" dell'infrastruttura aeroportuale l'acquisto di macchinari per il controllo bagagli¹¹, la realizzazione di un parcheggio pertinenziale¹², la progettazione e realizzazione di una piattaforma logistica a supporto di un impianto aeroportuale¹³, la gestione del servizio di primo soccorso per le emergenze¹⁴. Anche le Sezioni Unite, pronunciandosi sulla natura di organismo di soggetto di diritto pubblico di una società concessionaria di servizi di assistenza a terra in uno scalo aeroportuale, hanno riconosciuto, per quel che qui rileva, l'assoggettabilità alla normativa pubblicistica sull'espletamento delle procedure di selezione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento antistanti l'aerostazione qualora insistenti sul sedime del demanio aeroportuale¹⁵.

Di tenore negativo è stato il giudizio di sussistenza del vincolo di strumentalità, con conseguente esclusione dell'applicabilità della disciplina codicistica, in relazione alla gestione non in esclusiva della ristorazione all'interno dello scalo aeroportuale, con assegnazione libera degli spazi per mancanza del rapporto propedeuticità o essenzialità del servizio rispetto alla gestione aeroportuale¹⁶. Del pari, la strumentalità è esclusa nel caso di gestione di aree di sosta esterne al sedime demaniale, in quanto attività prettamente commerciali a servizio non essenziale all'attività speciale¹⁷.

Più in generale, il principio che è possibile trarre dal formante giurisprudenziale è stato, invero, riassunto i recente dal Consiglio della Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, il quale, con la sentenza n. 24 del 10 gennaio 2020, ha suddiviso i servizi in attività c.d. "aviation", indispensabili e, quindi, strumentali alla gestione aeroportuale,

¹¹ TAR Piemonte, sent. 29 settembre 2006, n. 3310.

¹² Consiglio di Stazio, Sez. VI, sent. 4 gennaio 2005, n. 2.

¹³ TAR Puglia, Bari, sent. 3 Luglio 2008, n. 1604.

¹⁴ TAR Sicilia, Catania, sent. 26 febbraio 2020, n. 479.

¹⁵ Cass. Civ., Sezioni Unite, ord. n. 23322/2009. Ivi, in particolare, si legge che «Non sembra quindi revocabile in dubbio che la gestione della sosta dei veicoli nell'area antistante l'aerostazione (il *landside*) e le attività di esazione di prezzo secondo tariffe approvate siano, oltre che oggettivamente incidenti su beni del demanio aeronautico (come statuito dalla richiamata sent. n. 15217 del 2006), funzionalmente diretti a soddisfare interessi generali, senza che la presenza di servizi aggiuntivi (il *car valeting*) rispetto a quelli di mera custodia degli autoveicoli propria delle attività di deposito delle vetture a pagamento riesca a differenziare il rapporto sottraendolo al dato saliente. La vocazione delle aree di parcheggio, su sedime appartenente al demanio aeronautico e pur esterno all'area strettamente aeroportuale ad accesso limitato (*airside*), infatti, non è quella di soddisfare un interesse generale ma indifferenziato alla sosta ed alla custodia dei veicoli della cittadinanza ma è quella di consentire che si realizzi una delle condizioni fondamentali per il funzionamento di una moderna aerostazione, quella dell'accesso e della mobilità dei passeggeri, attraverso l'uso della autovettura privata e come alternativa reale al trasporto pubblico (su rotaia o su gomma, collettivo o individuale)».

¹⁶ TAR Lombardia, Milano, sent. 15 febbraio 2007, n. 266. Analogamente, Tar Lazio, Roma, n. 9782/2014.

¹⁷ Consiglio di Stato, sent. 29 gennaio 2018, n. 590.

e in attività c.d. "non aviation", connesse ad essa, ma non indispensabili, tra cui tutti i servizi commerciali offerti all'interno dello scalo¹⁸.

Ciò posto, la qualificazione come servizio strumentale o meno, oltre a determinare l'assoggettamento alle procedure di selezione del contraente regolate dalla normativa pubblicistica, attribuisce rilevanza penale a tutte le condotte finalizzate a turbare il regolare espletamento della procedura altrimenti di regola irrilevanti¹⁹.

4. Un caso recente di rilevanza a fini penalistici della qualificazione del sub-affidamento del servizio. Il servizio di sgombero neve.

L'articolazione del dibattito giurisprudenziale in tema di strumentalità del servizio appaltato e applicabilità della tutela penalistica di cui all'art. 353 c.p. è ben rappresentato dalla recente sentenza n. 11366/2020, nella quale la Corte di Cassazione si è trovata a dover affrontare il tema della qualificazione normativa del servizio di sgombero neve dal sedime aeroportuale alla luce del diritto dei contratti pubblici. Nell'ambito di una procedura indetta da una società privata, concessionaria di un primario scalo aeroportuale nazionale, per la selezione dell'affidatario del servizio di sgombero neve dalla pista di atterraggio, aree di rullaggio, manovra e sosta, venivano contestate condotte turbative consistenti nell'indurre imprenditori a desistere dal presentare offerta, nonché nell'accordarsi con altri imprenditori e un dipendente della società addetto all'espletamento delle procedure di gara al fine di predeterminare il vincitore della gara.

¹⁸ Nel dettaglio, nella pronuncia citata si legge che «Le attività svolte in ambito aeroportuale si distinguono tra attività c.d. aviation (inerenti alle operazioni di volo ed ai servizi strumentali e collegati) e attività c.d. non aviation (relative a servizi commerciali offerti ai passeggeri all'interno dell'area aeroportuale). In particolare, le attività aviation comprendono: a) l'aviation in senso stretto, relativa alla gestione, allo sviluppo ed alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti (elencate all'all. B del d. lgs. n. 18/1999), l'offerta di servizi e delle attività connesse all'approdo ed alla partenza degli aeromobili e i servizi di sicurezza aeroportuale; b) l'handling (o servizi di assistenza a terra, elencati nell'all. A del d. lgs. n. 18 cit.), inerente alle attività commerciali complementari, accessorie e strumentali alla prestazione di trasporto aereo, svolte in ambito aeroportuale, nonché le operazioni funzionali al decollo ed all'approdo degli aeromobili nonché alla partenza e all'arrivo dei passeggeri, svolte sia "airside" (imbarco/sbarco di passeggeri, bagagli e merci; bilanciamento degli aeromobili; smistamento e riconcilio dei bagagli; guida al parcheggio; rifornimenti etc.) sia in "area passeggeri" (servizi di biglietteria, informazioni, check in, lost & found, informazioni etc.): attività assoggettate, con il d. lgs. n. 18 cit., ad un regime di liberalizzazione regolamentata, in coerenza con la politica comunitaria di apertura alla concorrenza del mercato del trasporto aereo. Per contro, rientrano nelle attività non aviation: c) il travel retail (cioè a dire il complesso delle attività commerciali al dettaglio offerte ai passeggeri, agli operatori ed ai visitatori all'interno dell'aeroporto: negozi, bar, ristoranti etc.); d) le altre attività, svolte sia all'interno dell'area aeroportuale (affissioni pubblicitarie, banche, farmacie, lavanderie, alberghi, slot machines etc.) sia all'esterno (gestione dei parcheggi)». La sentenza, peraltro, non si esime dal rilevare che anche i servizi "non aviation", complessivamente intesi, assumono estrema rilevanza per rendere fruibile lo scalo e, per l'effetto, anche l'assegnazione di simili servizi, pur essendo esclusi dall'applicazione della normativa pubblicistica in tema di appalti pubblici, in quanto non strumentali all'attività del settore speciale, non escludono il pubblico interesse all'accesso agli atti connessi al loro affidamento e non sfuggono, pertanto, all'ambito applicativo della normativa sugli accessi.

¹⁹ La tutela penalistica appare, invero, espletata a ben più ampio raggio, sebbene nel presente elaborato si intenda circoscrivere l'attenzione alla tutela delle procedure di selezione del contraente nelle ipotesi di turbamento di cui all'art. 353 c.p. Si pensi, ad esempio, alla rilevanza della natura del servizio aeroportuale ai fini della qualificazione del soggetto agente per la configurabilità dei reati c.d. "propri" contro la P.A. come pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio. Per un efficace esempio di quanto la qualificazione del servizio sub affidato rilevi anche ai fini penalistici, si v. la recente sentenza Cass. Pen., n. 42952/2019, in cui, annoverate la manutenzione e la gestione di uno scalo aeroportuale – tra le quali l'assistenza a terra (c.d. *handling*) – nella nozione di pubblico servizio, ha qualificato come incaricato di pubblico servizio il direttore generale della società deputata a prestare tali servizi ai fini dell'integrazione del reato di peculato.

Una delle argomentazioni difensive poste alla base del ricorso della difesa di uno degli imputati, già condannato in appello, consiste nell'esclusione della qualificabilità del servizio di sgombero neve come strumentale al servizio pubblico fornito dal gestore aeroportuale, in quanto "non aviation", con conseguente irrilevanza penale della turbativa della procedura deputata a individuarne l'affidatario. Orbene, definita la natura di organismo di diritto pubblico dell'ente gestore e richiamata la propria precedente giurisprudenza sul principio di necessaria strumentalità all'attività speciale ai fini dell'estensione della tutela penale al bene giuridico della concorrenza anche per gare indette da società private, il Giudice della nomofilachia conferma la sentenza di condanna appellata. A tale esito perviene confermando che la corretta gestione di un'infrastruttura aeroportuale ne presupponga la manutenzione, la quale deve interessare inevitabilmente anche il sedime delle piste, onde soddisfare le esigenze di sicurezza ed efficienza del traffico aereo. Nell'ambito di tale attività manutentiva, certamente "strumentale" all'attività speciale di cui all'art. 119 D. Lgs. 50/2016 nei termini di cui alla giurisprudenza amministrativa, rileva il Regolamento per la Costruzione e l'Esercizio degli Aeroporti. Tale Regolamento, emanato dall'ENAC ai sensi del D. Lgs. n. 250/1997²⁰ e dell'art. 690 Cod. Nav., determina le caratteristiche fisiche che le superfici delle piste devono conservare, con obbligo del gestore di ripristinare le stesse in condizioni di neve o ghiaccio. Talché, «l'attività di sgombero delle piste costituisce una delle principali attività del gestore imposte dalla normativa di settore per l'esercizio degli aeroporti»²¹, con la conseguente piena subordinazione di ogni procedura di affidamento a quanto prescritto all'art. 114 D. Lgs 50/2016. Ne deriva che la condotta turbativa perpetrata in danno di concorrenti effettivi o potenziali della procedura e il tentativo di condizionarne l'esito rileva a norma dell'art. 353 c.p., dovendosi assicurare idoneo presidio anche penalistico al regolare svolgimento di qualsiasi evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento di servizi strumentali all'attività speciale.

5. Conclusioni. Le interferenze tra diritto amministrativo e diritto penale.

Non può non rilevarsi, in conclusione, che, in tema di valutazione della strumentalità dei servizi connessi alla gestione aeroportuale, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento non sempre univoco. L'assenza di un'inequivoca definizione normativa sottesa all'individuazione del principio della strumentalità quale elemento discretivo per l'applicazione del diritto degli appalti pubblici per la selezione dell'affidatario di un servizio non consente di escludere, nei suoi risvolti penalistici, un rischio di compromissione del principio di legalità, nella sua accezione di tipicità e prevedibilità della sanzione penale, cui deve essere improntata l'individuazione dei reati. Non può dirsi sottratta al rispetto di tali principi la verifica dei presupposti rimessa a norme afferenti a fonti normative diverse da quelle penali, come il Codice dei contratti pubblici in tema di individuazione della procedura applicabile. Orbene, deve rilevarsi come in un caso analogo, connesso all'appalto del servizio di pulitura della pista tramite "sgommatura" (procedura consistente nella periodica rimozione meccanica dalla pista dei depositi di gomma lasciati dai pneumatici degli aeromobili in fase di atterraggio, necessaria per il mantenimento in efficienza della stessa), pur imposta dalla normativa tecnica di settore, il TAR Emilia Romagna aveva concluso nel 2010 che «l'appalto per la ripulitura della pista non può essere oggettivamente ricondotto 'alle attività relative allo

²⁰ Attuativo dell'Annesso n. 14 della Convenzione di Chicago in materia di aviazione civile internazionale, stipulata il 7 dicembre 1944, con particolare riguardo alla sicurezza delle operazioni aeroportuali.

²¹ Cass. Pen., sent. n. 11366/2020, paragrafo 3, pag. 6.

sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti»²² di cui all'art. 213 D. Lgs 163/2006, allora vigente.

Da quanto esposto, e anche alla luce della copiosa giurisprudenza di legittimità sull'individuazione delle procedure ricadenti nello spettro applicativo dell'art. 353 c.p. richiamata in premessa²³, sembra auspicabile che sia il Legislatore a tracciare con precisione i confini dei subaffidamenti nei settori speciali soggetti al rispetto del D. Lgs. 50/2016. Tale necessità sembra inserirsi, invero, nell'ambito di una più ampia proliferazione di procedure atipiche, anche informali, di non sempre agevole ricomprensione nell'alveo della normativa pubblica. Per giunta, tali procedure risultano bandite ed espletate sempre più spesso non solo dalla Pubblica Amministrazione, ma anche da società pubbliche, organismi di diritto pubblico, esercenti un pubblico servizio e, a talune condizioni, come nel settore edilizio, da soggetti privati procedano alla selezione del contraente per l'esecuzione di opere di urbanizzazione "a scomputo" 24. Parallelamente alla moltiplicazione di tali procedure di gara, si assiste alla conseguente espansione della tutela penalistica agli interessi collettivi offerta dal reato di turbata libertà degli incanti, entro i quali sembra potersi ricondurre tale moltitudine di ipotesi, senza poter dimenticare che tale forma di tutela dovrebbe risultare sempre eccezionale e "frammentaria"²⁵. Ne deriva quantomeno l'auspicabilità di una mappatura organica delle procedure subordinate al rispetto della normativa pubblica, delineandone con chiarezza i confini, a beneficio quantomeno della prevedibilità della sanzione penale. Infatti, la vaghezza di alcune definizioni, pur ben conciliandosi con le esigenze di flessibilità del diritto amministrativo, in cui l'interpretazione alla luce della ratio legis si rivela spesso efficace, appare talvolta in contrasto con le esigenze di certezza della legalità penale. Sembra esserne un esempio la definizione di origine giurisprudenziale della "strumentalità" dei servizi nei settori speciali, che fa discendere la natura pubblica della procedura in ragione del suo oggetto.

²² TAR Emilia-Romagna, 15 gennaio 2010, n. 107, il quale, nell'escluderne la strumentalità e, dunque, la ricomprensione nei settori speciali, ne ha tratto l'esclusione dell'art. 244 D. Lgs. 163/2006 in tema di determinazione del giudice competente, concludendo per la cognizione del Giudice Amministrativo. Cfr. A. NICODEMO, *Imprese pubbliche e settori speciali: L'autonomia contrattuale e le regole dell'evidenza pubblica*, cit., 295, nota n. 96.

²³ V. nota n. 1.

²⁴ Si rammentino al riguardo le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea C-399/98, che ha affermato ha affermato la necessità di assoggettamento della realizzazione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" alle procedure di evidenza pubblica, in quanto opere pubbliche in senso stretto sul piano funzionale e del controllo dell'Autorità pubblica, e la pronuncia C-412/2004, in tema di affidamenti di tali opere di urbanizzazione con importi c.d. "sottosoglia". Per l'attuale normativa sul punto si rinvia agli artt. 1, comma 2, 20, 36 comma 3 del D. Lgs. 50/2016.

²⁵ Sulla celebre teoria della frammentarietà del reato, si rinvia a T. VORMABAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fasc. n. 1, 2015, 51 ss. e al ricco riferimento bibliografico ivi contenuto.

IL PROCEDIMENTO PER DECRETO INGIUNTIVO NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.

(The action for cease-and-desist order in the administrative process of the Italian legal system)

Mario Tocci*

Abstract (*it*): Il presente contributo tende ad analizzare le caratteristiche e gli effetti del procedimento per decreto ingiuntivo nel processo amministrativo.

Abstract *(en)*: This paper aims to analyse the features and the effects of the action for cease-and-desist order in the administrative process.

SOMMARIO: 1. L'avvento del procedimento per decreto ingiuntivo nel processo amministrativo italiano; – **2.** Il contesto applicativo; – **3.** *Legitimatio ad causam* della Pubblica Amministrazione; – **4.** L'opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal giudice amministrativo; – **5.** L'ottemperabilità del decreto ingiuntivo emesso dal giudice amministrativo; – **6.** Conclusioni.

SUMMARY: 1. The coming of the action for cease-and-desist order in the Italian administrative process -2. The context of application -3. Legitimatio ad causam of the Public Administration -4. The objection to the cease-and-desist order issued by the administrative judge -5. The fulfilment of the cease-and-desist order issued by the administrative judge -6. Conclusions.

^{*}Avvocato e dottore di ricerca in "Impresa, Stato e Mercato" nell'Università degli Studi della Calabria.

1. L'avvento del procedimento per decreto ingiuntivo nel processo amministrativo italiano.

Il procedimento per decreto ingiuntivo nel processo amministrativo è regolato dal disposto dell'art. 118 del d. lgs. 02/07/2010 n. 104 (Codice del Processo Amministrativo), che invero rinvia alle disposizioni del Capo Primo del Titolo Primo del Libro Quarto del Codice di Procedura Civile.

Segnatamente, alla stregua di tale disposto normativo, chi vanti un diritto soggettivo di natura patrimoniale nell'ambito di una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può agire, in via monitoria, nanti il medesimo analogamente al titolare di eguale diritto in materie differenti da quelle testé menzionate, facultato ad adire il giudice ordinario.

La *ratio* della previsione normativa del procedimento in analisi va individuata nell'equiparazione di tutti i diritti patrimoniali, laddove diversamente quelli afferenti alla cognizione indefettibile del giudice amministrativo riceverebbero dall'ordinamento giuridico una tutela deteriore, con violazione dei principi di eguaglianza ed effettività della tutela di cui agli artt. 3, 24 e 113 della Carta Costituzionale¹.

L'attivabilità del procedimento *de quo*, infatti, permette anche al creditore che intenda azionare una pretesa patrimoniale ascrivibile all'insieme degli interessi legittimi anziché al novero dei diritti soggettivi perfetti di ottenere rapidamente un titolo senza dover attendere i tempi del giudizio ordinario².

Il percorso (quasi compiuto, oggidì) che ha condotto all'applicabilità degli strumenti civilistici di tutela sommaria è stato lungo e tortuoso³.

L'art. 21 della legge 06/12/1971 n. 1034 non permetteva al giudice amministrativo di dettare provvedimenti idonei ad assicurare in via interinale il pagamento di somme di denaro a carico della Pubblica Amministrazione e in favore di privati fino all'intervento della Consulta⁴, che ne aveva appunto dichiarato l'illegittimità costituzionale a cagione del contrasto con gli artt. 3 e 113 della Costituzione.

Quantunque, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva successivamente offerto un'interpretazione costituzionalmente conforme di tale disposizione, onde potessero emanarsi ordini immediati di pagamento⁵, che aveva suscitato in dottrina plausi⁶ e biasimi⁷ al contempo.

¹ A. GIORDANO, *Il procedimento ingiuntivo nel processo amministrativo*, in *GIURETA, Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, XII, 2014, p. 147.

² Sulla rapidità di risultato del procedimento ingiuntivo, vedansi: C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 247; E. GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 28; G. TOTA, *Il procedimento per ingiunzione: profili storici e di diritto comparato*, in AA. VV., *Il procedimento di ingiunzione*, diretto da B. Capponi, Zanichelli, Bologna, 2009, pp. 1 e ss.

³ E. A. APICELLA, *I procedimenti ingiuntivi*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), Il processo davanti al giudice amministrativo, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 149 e ss.; E. A. APICELLA, *Art. 118 c.p.a.*, in A. QUARANTA- V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*. *Commentario al d.lgs. 104/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 953 e ss.; M. ANDREIS, *Tutela cautelare e tutela sommaria nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996, *passim*; P. BACCARINI, *La tutela monitoria nel processo amministrativo*, Cedam, Padova, 2003, *passim*; F. CARINGELLA, *Misure cautelari, procedimenti sommari e giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *Urb. ed app.*, 1999, p. 542; F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo* - *La legge 21 luglio 2000 n. 205*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 734 e ss.; F. FRENI (a cura di), *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, *passim*; R. GAROFOLI – M. PROTTO, *Tutela cautelare, monitoria e sommaria nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, *passim*; A. MONACILIUNI, *Il procedimento monitorio e dintorni nel processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*; V. PARISIO – F. GAMBATO SPISANI – G. PAGLIARI, *I riti speciali, ne Il nuovo processo amministrativo*. *Commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Zanichelli, Bologna, 2011, p. 696.

⁴ Corte Cost., 28/06/1985 n. 190, in *Foro It.*, 1985, I, p. 1881.

⁵ Cons. St., Ad. Plen., 30/03/2000 n. 1, in Foro Amm. . C.di S., 2000, p. 768.

⁶ F. CARINGELLA, Misure cautelari, procedimenti sommari e giurisdizione esclusiva del G. A., op. cit., p. 545.

⁷ N. SAITTA, I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa, Giuffrè, Milano, 2000, p. 305.

Con la promulgazione della legge 205/2000 l'istituto monitorio nel processo amministrativo ha assunto particolare vigore, in quanto l'art. 8 prevedeva l'applicazione delle disposizioni del Capo Primo del Titolo Primo del Libro Quarto del Codice di Procedura Civile alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, salvo essere poi frenato – come osservato⁸ – all'indomani della declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni dei commi primo e secondo dell'art. 33 del d. lgs. 31/03/1998 n. 809, che rispettivamente includevano nell'alveo di essa giurisdizione qualsiasi controversia concernente un pubblico servizio e qualsivoglia attività o prestazione pure di natura patrimoniale resa nell'ambito di un servizio di tal guisa. Come si accennava, l'art. 118 del Codice del Processo Amministrativo contempla il procedimento ingiuntivo nel processo amministrativo al riguardo dei diritti soggettivi di natura patrimoniale in materie di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. La formulazione appare assai infelice in ragione dell'esclusione che essa attua relativamente a pretese patrimoniali rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133 del Codice del Processo Amministrativo ma rimontanti al novero degli interessi legittimi. Molteplici sono i vuoti di tutela che rendono quasi ma non ancora compiuto il percorso di equiparazione tra creditori della Pubblica Amministrazione a seconda del tipo di situazione soggettiva alla base del credito e, per l'effetto, ancora non completamente conforme il citato art. 118 del d. lgs. 104/2010 nella parte in cui esso non faccia altresì riferimento alle pretese sottese agli interessi legittimi¹⁰.

D'altronde il Legislatore non poteva non essere a conoscenza della sussistenza di tali vuoti di tutela già nel vigore dei pregressi regimi normativi: basti pensare, tra le tante, ad una pronuncia¹¹ con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio aveva negato a un'impresa di trasformazione di pomodori l'emissione del decreto ingiuntivo di pagamento per l'ottenimento di contributi dell'Unione Europea ritenendo essi emolumenti afferenti a una posizione di interesse legittimo, sebbene poi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato abbia riconosciuto che la pretesa al finanziamento pubblico derivante direttamente dalla legge configura un diritto soggettivo ove il compito della Pubblica Amministrazione è finalizzato alla mera verifica dell'esistenza dei presupposti percettivi¹².

Non rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, quindi, non può essere azionata in via monitoria, la pretesa creditoria vantata dal Comune che non promani da atti o provvedimenti assunti dall'Amministrazione ma derivi da una decisione di demolizione di un immobile del giudice penale; ciò in quanto essa demolizione riveste carattere accessorio rispetto alla condanna principale e costituisce l'attuazione di un potere sanzionatorio autonomo – indi non residuale né sostitutivo – rispetto a quello autoritativo della Pubblica Amministrazione¹³.

È stata invece ritenuta rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la remunerazione dovuta dalla società di gestione dei servizi energetici (GSE S.p.A.) all'azienda proprietaria di un impianto fotovoltaico, stante – *ex* art. 133 comma prima lettera *o* del Codice del Processo Amministrativo – l'attrazione nell'alveo di tale giurisdizione di tutte le controversie attinenti ai provvedimenti della Pubblica Amministrazione concernenti la produzione di energia ed essendo evidentemente la prefata società controllata per intero dal Ministero dell'Economia e delle Finanze¹⁴.

⁸ A. LIBERATI, *Il processo innanzi ai Tribunali Amministrativi Regionali*, Cedam, Padova, 2006, p. 1530.

⁹ Corte Cost., 06/07/2004 n. 204, in *www.giurcost.org*, seguita da Corte Cost., 28/07/2004 n. 281, *ivi* e Corte Cost. 11/05/2006 n. 191, *ivi*.

¹⁰ A. GIORDANO, op. cit., p. 148.

¹¹ TAR Lazio, Roma, 29/03/2001 n. 2365, in Dir. Giur. Agr. Amb., 2002, p. 67.

¹² Cons. Stato, Ad. Plen., 29/01/2014 n. 6, in Foro Amm., 2/2014, p. 383.

¹³ TAR Campania, Napoli, decr., 24/10/2017, n. 3859, in www.giustizia_amministrativa.it

¹⁴ TAR Lazio, Roma, decr., 22/01/2016, n. 149, in www.giustizia_amministrativa.it_

Ultimamente, con la sentenza 369/2020, la quinta sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (sede di Napoli) ha accolto l'opposizione presentata da un Comune avverso il decreto ingiuntivo emesso a favore della società proprietaria di una struttura alberghiera in cui erano stati inviati i residenti in uno stabile pericolante nelle more dell'effettuazione di lavori di consolidamento sulla base di una mera nota del Comando della Polizia Locale, pur conseguente e successiva ad alcuni provvedimenti autoritativi di sgombero dell'edificio. Secondo i magistrati del TAR partenopeo, non era azionabile al cospetto del giudice amministrativo il diritto di credito vantato dal privato nei confronti della Pubblica Amministrazione a cagione di una disposizione informale quantunque promanante dalla stessa, che, tuttavia, non poteva, soltanto in ragione della sua provenienza, assumere la natura di provvedimento autoritativo ex art. 133 comma primo lettera q del D. Lgs. 104/2010. Il decreto ingiuntivo è stato così revocato.

2. Il contesto applicativo.

Similmente a ciò che avviene nel rito civile, il procedimento per decreto ingiuntivo nel processo amministrativo ha una struttura bifasica, laddove il primo segmento è privo del contraddittorio fra le parti mentre il secondo è ipotetico e concerne l'eventuale opposizione del debitore ingiunto. Sono prove idonee a suffragare la petizione monitoria, *iuxta* applicazione del disposto dell'art. 635 del Codice di Procedura Civile¹⁵, i libri e i registri della Pubblica Amministrazione, salva l'attestazione di regolare tenuta a cura di notaio o altro funzionario autorizzato. Rispetto a quello civilistico, il procedimento monitorio amministrativo non può instaurarsi in relazione a crediti professionali in quanto le ipotesi di cui alle disposizioni dei nn. 2 e 3 del comma primo dell'art. 633 del Codice di Procedura Civile, relative alla corresponsione di onorari professionali, non rientrano nelle materie di cui al disposto dell'art. 133 del Codice del Processo Amministrativo.

Ne deriva allora che, stante il rinvio ricettizio operato nello specifico *ex* art. 118 del d. lgs. 104/2010, il decreto ingiuntivo possa essere concesso dal giudice amministrativo per il pagamento di una somma di denaro risultante da credito certo, liquido ed esigibile¹⁶ o per la consegna di una cosa mobile determinata¹⁷ esclusivamente sulla base di prova scritta¹⁸. Secondo la giurisprudenza¹⁹, avallata dalla dottrina maggioritaria²⁰, l'emissione del decreto ingiuntivo può avvenire anche ad opera del Presidente di una sezione piuttosto che del Presidente del Tribunale Amministrativo Regionale competente, territorialmente che della è quello del luogo sede dell'Amministrazione debitrice ossia intestataria degli atti in senso ampio (dunque ricomprendendovisi provvedimenti ed accordi) ex art. 13 del d. lgs. 104/2010.

Chi scrive ritiene che la provvisoria esecutività del decreto opposto *ex* art. 648 del Codice di Procedura Civile non possa aver ingresso nel procedimento monitorio amministrativo ove si accrediti – come giusto – la tesi (di cui si parlerà diffusamente nel prosieguo) della necessaria applicabilità del termine di cui al disposto del comma primo dell'art. 14 del d. l. 31/12/1996 n. 669, convertito in legge 28/02/1997 n. 30: ciò, infatti, implicherebbe la deroga di tale doverosa applicazione normativa a discrezione del giudice dell'opposizione.

¹⁵ A. RONCO, Struttura e disciplina del rito monitorio, Giappichelli, Torino, 2002, p. 154.

¹⁶ N. SAITTA, Sistema di giustizia amministrativa, Giuffrè, Milano, 2008, p. 539.

¹⁷ V. CAIANIELLO, Manuale di diritto processuale amministrativo, UTET, Torino, 2003, p. 1059.

¹⁸ A. GIORDANO, op. cit., p. 148.

¹⁹ TAR Lazio, Roma, decr., 07/09/2000 n. 4, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁰ V. CAIANIELLO, op. cit., p. 1059; N. SAITTA, I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa, op. cit., p. 382.

3. Legitimatio ad causam della Pubblica Amministrazione.

Un interrogativo che ha sempre fatto discutere dottrina e giurisprudenza concerne la legittimazione della Pubblica Amministrazione a valersi della facoltà di presentare un ricorso per decreto ingiuntivo nanti il giudice amministrativo.

Alla stregua di una vecchia impostazione – facente leva sul disposto del n. 1 del comma primo dell'art. 29 dell'ormai abrogato R.D. 26/02/1924 n. 1054 (Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato), secondo cui l'alveo della giurisdizione amministrativa fosse limitato esclusivamente alla delibazione dell'impugnativa proposta dai dipendenti (*melius*, impiegati) – poteva astrattamente ritenersi negata suddetta facoltà.

La mentovata impostazione, tuttavia, sembra stridere con il contenuto del combinato disposto degli artt. 24 e 111 comma secondo della Carta Costituzionale quanto alla parità degli strumenti processuali in favore di soggetti pubblici e privati nella prospettiva dell'effettività della tutela di diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Tant'è che in senso favorevole alla legittimazione della Pubblica Amministrazione a invocare l'emissione di decreto ingiuntivo da parte del giudice amministrativo si è attestata la coeva dottrina²¹.

Va però registrato un orientamento giurisprudenziale contrario del Tribunale Amministrativo Regionale del Veneto, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per decreto ingiuntivo proposto da un Comune nei confronti di una società di capitali in relazione ad un credito derivante da fattispecie connessa a materia di giurisdizione amministrativa esclusiva, ritenendo che, essendo possibile l'esecuzione coattiva dei propri crediti patrimoniali, la Pubblica Amministrazione debba esercitare i poteri di autotutela attribuitile dall'ordinamento e non può accedere al rito monitori²².

La tesi del giudice veneto non può essere condivisa in quanto si palesa come fortemente sindacatoria e limitativa della discrezionalità amministrativa in punto di scelta dei mezzi di soddisfacimento delle proprie poste creditorie, oltre a elidere l'equo strumentario processuale indi defensionale di consociati di diversa natura e, pertanto, il principio di eguaglianza.

4. L'opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal Giudice amministrativo.

L'opposizione al decreto ingiuntivo emesso dal giudice amministrativo si propone sempre con ricorso, come previsto dal disposto dell'art. 118 del d. lgs. 104/2010.

Varie perplessità sono emerse in dottrina e in giurisprudenza. Anzitutto si è discusso sull'applicabilità alla fase oppositiva di cui si sta discettando del termine di quaranta giorni decorrente dalla notifica del decreto *ex* art. 645 del Codice di Procedura Civile. Numerose sentenze hanno militato per l'applicazione del termine medesimo²³, sebbene alcuni autori abbiano sostenuto la necessità di configurazione del termine di sessanta giorni in ragione del fatto che l'opposizione introduca un procedimento a cognizione piena²⁴. Del resto, ove si ammetta che la fase conseguente all'opposizione sia a cognizione piena, si deve asseverare l'imprescindibilità della procedibilità in seno al Collegio²⁵ e in udienza pubblica, essendo piuttosto la camera di consiglio sede tipica di

²¹ E. A. APICELLA, Art. 118 c.p.a., in A. QUARANTA- V. LOPILATO, op. cit., p. 962.

²² TAR Veneto, decr., 02/02/2009 n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it

²³ Cons. St., 05/04/2003, n. 1804, in *Foro Amm. - C. d. S.*, 2003, p. 1272; TAR Molise, 16/07/2003, n. 489, in *www.giustizia-amministrativa.it*

²⁴ N. SAITTA, Sistema di giustizia amministrativa, op. cit., pp. 544/545.

²⁵ M. LIPARI, Giudicato e giudizi sommari, in www.giustizia-amministrativa.it, par. 7.

un giudizio sommario e, come tale, palesandosi incompatibile con le regole della cognizione piena.

Altra questione riguarda la necessità del deposito del ricorso oppositivo nel termine decadenziale di quaranta giorni o la sufficienza della notifica a parte resistente e ad almeno uno dei controinteressati ai fini dell'instaurazione della fase di opposizione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, facendo leva sul disposto dell'art. 21 della legge 1034/1971 (rimasto inalterato all'interno del disposto dell'art. 118 del Codice del Processo Amministrativo), ha sposato la prima tesi²⁶, seppure non siano mancati arresti contrari²⁷.

Quantunque, il deposito del ricorso oppositivo, *iuxta* disposto del comma primo dell'art. 45 del d. lgs. 104/2010, deve avvenire nel termine di trenta giorni dall'ultima delle notifiche obbligatorie²⁸.

L'opposizione che abbia esito positivo culmina con l'annullamento. A una diversa formula – quella della revoca – si deve invece approdare qualora il decreto ingiuntivo venga vittoriosamente opposto a cagione della sopravvenuta declaratoria di carenza di giurisdizione del giudice amministrativo che lo abbia emesso. Ciò in quanto la revoca integra una pronuncia non costitutiva – a differenza dell'annullamento – che meglio si presta a definire una situazione di originaria inesistenza.

5. L'ottemperabilità del decreto ingiuntivo emesso dal Giudice amministrativo.

Il decreto ingiuntivo emesso dal giudice amministrativo è equiparabile ad una sentenza passata in giudicato, rispetto a cui il debitore ingiunto ha un obbligo conformativo e non può in alcun modo sollevare questioni non dedotte né spiegare eccezioni non formulate nel sotteso eventuale giudizio oppositivo. Al riguardo si è ripetutamente pronunciata la giurisprudenza²⁹.

Il Consiglio di Stato ha affermato che il decreto ingiuntivo *de quo* integra condizione di procedibilità dell'azione esecutiva al cospetto dell'autorità giurisdizionale amministrativa se il debitore messo a conoscenza della sua esistenza non coltivi tempestivamente l'opposizione³⁰.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania ha asserito, in accoglimento di un ricorso proposto *ex* art. 112 del Codice del Processo Amministrativo da un privato creditore di un'Azienda Sanitaria in forza di decreto ingiuntivo non opposto e come tale divenuto definitivamente esecutivo, che l'impugnabilità del provvedimento monitorio fosse ammessa soltanto a mezzo di revocazione oppure opposizione di terzo³¹.

A differenza del decreto ingiuntivo, non è ottemperabile l'ordinanza emessa *ex* art. 186 *bis* del Codice di Procedura Civile nei confronti della Pubblica Amministrazione in seno ad un giudizio estintosi, costituendo questa provvedimento anticipatorio attinente all'obbligazione di base dedotta in giudizio ma non sottesa a un accertamento definitivo in ragione dell'esperibilità di nuovo giudizio sull'obbligazione medesima³². Se appare pacifica l'ottemperabilità del decreto ingiuntivo emesso dal giudice amministrativo, la giurisprudenza ha assunto posizioni diametralmente opposte sull'ammissibilità del

²⁶ Cons. St., 27/12/2004, n. 8242 e 19/04/2010, n. 2189 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

²⁷ TAR Calabria, Catanzaro, 08/05/2002, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁸ Cons. St., 10/11/2010, n. 7998 e 28/05/2010, n. 3404; TAR Sicilia, Catania, 12/04/2003, n. 653 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

²⁹ Cons. St., 28/03/1998, n. 372; TAR Lazio, Roma, 01/12/2009, n. 12266, e 17/04/2010, n.18411; TAR Lazio, Latina, 24/01/2012, n. 47 (tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

³⁰ Cons. St., 14/01/2009, n. 103.

³¹ TAR Campania, Salerno, 29/04/2010, n. 5152; TAR Campania, Napoli, 28/05/2009, n. 2983 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

³² Cons. St., 07/03/2019, n. 1677, in www.giustizia-amministrativa.it.

ricorso in ottemperanza prima del decorso del termine di centoventi giorni previsto dal comma primo dell'art. 14 del d. l. 31/12/1996 n. 669, convertito in legge 28/02/1997 n. 30. Talune decisioni hanno sostenuto l'inapplicabilità di tale termine al menzionato ricorso sulla base della constatazione della mancanza di espressi richiami normativi al lume della considerazione della prescrizione di esso alle esecuzioni forzate nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni e in ragione della non sussumibilità del giudizio di ottemperanza nell'ambito delle azioni esecutive in generale³³.

Altri arresti hanno invece ritenuto che la decorrenza di tale termine integrasse condizione dell'azione esecutiva intentata nei confronti della Pubblica Amministrazione con conseguente rilevabilità d'ufficio dell'eventuale difetto³⁴.

6. Conclusioni.

Le riflessioni che precedono dovrebbero indurre il Legislatore talora ad una rivisitazione talaltra ad una riformulazione delle disposizioni in materia di procedimento per decreto ingiuntivo nel processo amministrativo.

Anzi, la presenza di un Codice a fronte del mero e acritico trapianto di un istituto che nasce in ambito civilistico³⁵rende sostanzialmente vana la pur formalmente perseguita finalità di omogeneizzazione delle tutele ordinamentali. Senza indulgere in tendenze esterofile, si potrebbe ad esempio trarre spunto dal diritto processuale amministrativo francese, laddove la legge 2000/597, in materia di *procédures d'urgence devant le juge administratif*³⁶, ha disciplinato un'amplissima potestà ingiuntiva del giudice amministrativo nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Sullo sfondo campeggia sempre l'esigenza di rendere il diritto allineato all'ordine delle cose³⁷.

³³ TAR Campania, Napoli, 30/06/2005, n. 9144, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Lazio, Roma, 17/11/2008, n. 10251, in *Foro It.*, 2009, 3, 3, 175.

³⁴ TAR Lazio, Latina, 10/01/2008, n. 25; TAR Lazio, Roma, 24/01/2008, n. 531; TAR Campania, Salerno, 12/01/2009, n. 23; TAR Calabria, Catanzaro, 01/07/2010, n. 1416; TAR Umbria, 05/08/2013, n. 423 (tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

³⁵ N. SAITTA, I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa, op. cit., p. 382.

³⁶ M. FOULETIER, La loi du 30 juin 2000 relative au réferé devant les jurisdictiones administratives, in Revue française de droit administratif, 2000, p. 968; B. PACTEAU, Vù de l'intérieur: loi du 30 juin 2000, une réforme exemplaire, in Revue française de droit administratif, 2000, p. 962.

³⁷ P. GROSSI, L'ordine giuridico medievale, Laterza, Bari, 1996, passim.

L'INCIDENZA SISTEMATICA DI UNA TENDENZIALE STABILITA' DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA' TRA NOMOFILACHIA E PREVEDIBILITA' DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE.

Le sezioni unite si pronunciano sull'aggravante speciale dell'art.7 d.l.152/1991, oggi inserita nell'art.416-bis.1 cod. pen., allorche' la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose, assegnando alla stessa natura soggettiva.

Diego Brancia

Abstract: Le Sezioni Unite intervengono sulle valutazioni antitetiche sulla natura dell'aggravante speciale dell'aggevolazione mafiosa, componendo i discordi orientamenti che la inquadravano tra le aggravanti soggettive, oggettive o in ambito intermedio. Così chiariscono, anche, quale sia l'impulso psicologico del coautore ed i termini di ascrivibilità della condotta circostanziata in caso di concorso di persone nel reato.

Abstract: The United Sections intervene on the antithetical assessments on the nature of the special aggravating factor of the mafia facilitation, composing the discordant orientations that framed it among the subjective, objective or intermediate aggravating factors. Thus they also clarify what the co-author's psychological impulse is and the terms of ascribability of the circumstantial conduct in the event of the participation of persons in the crime.

SOMMARIO: 1. La stabilità della giurisprudenza di legittimità tra nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. La modifica dell'artt.618 c.p.p. e la "codificazione" della funzione di nomofilachia della Corte di cassazione; - **2.** Le valutazioni antitetiche sulla natura dell'aggravante speciale prevista dall'art.7 d.l. n.152 del 1991 ed oggi inserita nell'art.416-bis.1 cod.pen.; - **3.** Le varie letture interpretative cui ha dato origine l'aggravamento di pena ove qualsiasi reato sia stato commesso "al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art.416-bis cod. pen."; i discordi orientamenti giurisprudenziali; - **4.** Le caratteristiche della finalità agevolativa dell'associazione mafiosa e la qualificazione della circostanza nell'ambito di quelle di natura soggettiva; - **5.** L'estensione ai concorrenti della circostanza di natura soggettiva ove il coautore sia consapevole della finalità del compartecipe.

1. La stabilità della giurisprudenza di legittimità tra nomofilachia e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. La modifica dell'art.618 c.p.p. e la "codificazione" della funzione di nomofilachia della Corte di cassazione.

La c.d. "Riforma Orlando" (L.103/2017)¹ ha inserito nel testo dell'art.618 del c.p.p. due commi, che hanno affidato alla Corte Suprema di Cassazione ed in particolare alle Sezioni Unite, la funzione di uniformare l'interpretazione della legge. A ben vedere si tratta di disposizioni modellate sulla base di parametri di riferimento, già in vigore nel sistema processuale civile, dopo la riforma operata con il D.lgs. n.40/2006 e nella sostanza riprodotto nel sistema processual-penalistico, con lo scopo di potenziare e meglio definire la funziona di nomofilachia assegnata alla Suprema Corte, nell'enunciazione dei principi di diritto. La norma generale non prevede la doverosa rimessione quando l'indirizzo in conflitto si registri tra Sezioni o si manifesti, all'interno di una singola Sezione, allorchè una qualsivoglia forma di dissenso si presti ad essere agevolmente superata sulla scorta di un più meditato esame, o, ancora quando il ricorso possa trovare agevole soluzione per la presenza di un diverso motivi di annullamento del provvedimento oggetto di impugnazione. E' evidente, comunque, che le due disposizioni dei commi 1 ed 1-bis dell'art.618 del c.p.p., vadano lette assieme, regolando la medesima materia, ovvero le situazioni in cui si verifichi un contrasto d'orientamento giurisprudenziale, sebbene la disposizione prevista nel nuovo comma 1-bis c.p.p. faccia riferimento all'ipotesi in cui sorga un contrasto giurisprudenziale tra una Sezione semplice e le Sezioni Unite. E' l'ipotesi in cui il conflitto interpretativo si generasse tra una pronuncia di una Sezione semplice e quanto in precedenza deciso dalle Sezioni

Con la nuova disposizione di legge si instaura un meccanismo di obbligatorietà di rimessione e alle Sezioni Unite e non di facoltatività. Peraltro occorre, da subito, rammentare che il Primo Presidente, secondo la previsione dell'art.610, comma 2 del c.p.p., può nell'immediatezza assegnare un ricorso alle Sezioni Unite, ove le questioni sottese all'impugnazione, si apprezzino per particolare importanza, oppure, nel caso in cui esistano dei contrasti tra le decisioni adottate dalle singole Sezioni. Tale assegnazione può essere deliberata dal Primo Presidente d'ufficio o su richiesta del Procuratore Generale o dei Difensori. Nondimeno, anche, nell'ipotesi in cui il Primo Presidente abbia assegnato ad una Sezione semplice il ricorso, questo possa essere, comunque, rimesso alle Sezioni unite, su decisione della medesima Sezione di assegnazione. Dovranno, però, ricorrere talune circostanze perché ciò accada, ovvero che la Sezione assegnataria rilevi l'esistenza di un conflitto tra le decisioni delle Sezioni semplici, oppure ove la questione di diritto, sempre secondo l'apprezzamento della medesima Sezione assegnataria, ritenga che possa dar vita ad un conflitto. La ratio dell'intervento legislativo è proprio quella - attraverso la previsione di un'ipotesi di rimessione obbligatoria – di limitare la formazione di conflitti o contrasti

¹ Il disegno di legge 4368 del 2017 nasce dall'accorpamento in un unico testo di tre progetti di legge già approvati dalla Camera (Atti Camera nn. 2798, 2150 e 1129) e di una pluralità di proposte di legge di iniziativa parlamentare. Esso consta di un unico articolo con ben novantacinque commi, che intervengono sull'intero sistema penale, con norme immediatamente efficaci e diverse deleghe. Con il chiaro intento di accentuare la funziona nomofilattica della Cassazione, il legislatore è intervenuto sull'art. 618 c.p.p. Innanzitutto, similmente a quanto già proposto in precedenti legislature, si è introdotto un nuovo comma 1-bis che prevede un meccanismo finalizzato a ridurre i contrasti giurisprudenziali: ad imitazione di quanto previsto in sede civile (art. 374, comma 3, c.p.c.), si prevede che la Sezione semplice che non condivide un principio di diritto affermato dalle Sezioni unite debba rimettere la decisione del ricorso a queste ultime. La seconda aggiunta è il comma 1-ter, che fa salva, per le Sezioni unite, la possibilità di pronunciarsi sulla questione di diritto loro sottoposta, nonostante l'inammissibilità del ricorso per causa sopravvenuta. Sul Punto : Gialuz, Cabiale, Delle Torre: "Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni" in Focus del Processo Penale – Diritto Penale Contemporaneo – 2017.

giurisprudenziali, risolvendoli preventivamente, con ciò, anche, riducendo la proposizione di impugnazioni che facciano affidamento sull'incertezza interpretativa che connota la materia.² E' stata, proprio la Corte di cassazione³ a confermare che il disposto di cui all'art.618, comma 1-bis cpp, introduce, un caso di rimessione "obbligatoria" alle Sezioni Unite, che trova applicazione anche con riferimento alle decisioni che siano intervenute precedentemente all'entrata in vigore della nuova norma. Questo modello di "regolazione dei contrasti" favorisce la possibilità di avviare un confronto interno alle singole Sezioni ovvero ai singoli collegi di una medesima sezione, incentivando una prassi, secondo cui le Sezioni semplici, soprattutto di fronte al flusso continuo delle novità prodotte dal legislatore, sono chiamate a dialogare su come i testi normativi debbano essere interpretati ed inseriti nel sistema. Si suscita, finanche, l'emersione di tutte le problematiche potenzialmente riconducibili all'introduzione di novelle legislative, in guisa da stimolare la possibilità di un componimento spontaneo del contrasto. Questo meccanismo di autoregolazione della conflittualità interpretativa, tende però verso un irrigidimento ermeneutico del sistema, perché nel momento in cui le Sezioni Unite si pronunciano, viene perseguito lo scopo di inibire la difformità di eventuali successive decisioni difformi ad opera di una Sezione semplice, per le ragioni che abbiamo sopra esplicitato. Soltanto infatti le Sezioni unite sono tenute a verificare le ragioni in forza delle quali le sezioni semplici propongono di modificare o superare le precedenti interpretazioni, e solo al Supremo collegio spetta la scelta sulla conferma del precedente indirizzo o sul suo eventuale superamento.

L'ulteriore modifica introdotta dal legislatore ha comportato l'introduzione del comma 1-ter dell'art.618 c.p.p., con cui si enuncia che "il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta". In questa ipotesi la riforma legislativa disciplina l'ipotesi in cui le Sezioni unite, allorchè investite, possono risolvere la questione di diritto prospettata anche nel caso in cui il ricorso venga dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta.

Occorre, anche, affermare che nella risoluzione dei conflitti interpretativi tra Sezioni semplici e Sezioni unite, il legislatore si è limitato ad introdurre nel nostro sistema ordinamentale, una forma di precedente con effetti soltanto tendenzialmente vincolanti sul piano processuale, senza così stravolgere e modificare l'architettura del precedente che connota i sistemi di *Civil Law.*⁴

Non va infatti taciuto che nell'ordinamento italiano l'articolo 101 comma 2 Cost. proclama la soggezione soltanto alla legge dei giudici: in maniera esplicita, dunque, è vietato che il diritto possa essere generato dalla giurisprudenza. Nella materia penale, inoltre, un eventuale vincolo del precedente violerebbe anche il principio costituzionale della riserva di legge (art.25, comma 2, Cost.): il precedente giurisprudenziale dovrebbe essere equiparato, in sostanza, ad una fattispecie incriminatrice creata dai giudici penali e non dal legislatore.⁵

² A. Bassi, "Il giudizio per cassazione ad un anno dall'entrata in vigore della riforma Orlando", in Cass. Pen., 2018, 4060.

³ Cass. Pen. Sezioni Unite n.36072 del 19.04.2018 – ric. Botticelli.

⁴ G. De Amicis – "La Formulazione del principio di diritto e i rapporti tra sezioni semplici e sezioni unite penali della Corte di Cassazione" in Diritto Penale Contemporaneo – Nov.2018. "La diversità delle famiglie di civil law e di common law, pur con tutti i limiti che siffatte linee di demarcazione inevitabilmente presentano, viene tradizionalmente individuata sulla base del ruolo attribuito al giudice, che nel diritto continentale si limita ad applicare la legge, mentre nei sistemi di diritto angloamericano produce il diritto attraverso la regola dello stare decisis et quieta non movere. Al centro del primo sistema si colloca il precedente "persuasivo", poiché i giudici si adeguano alle decisioni anteriori in quanto convinti della loro plausibilità, mentre il dato sistemologico tipico degli ordinamenti di common law è rappresentato dal precedente vincolante, anche se l'obbligo giuridico di conformarsi alle decisioni delle corti superiori non riveste un carattere assoluto, ma è derogabile attraverso le tecniche interpretative del distinguishing o dell'overruling".

Non può ancora tacersi di riportare quanto ha con nettezza affermato, la Corte Costituzionale⁶, allorchè ha qualificato l'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite, secondo cui ha "una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente persuasivo. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo di nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle Sezioni singole, come in più occasioni è accaduto".

E' evidente a questo punto che l'intento del legislatore sia stato, fondamentalmente, quello di rafforzare e promuovere un valore, ritenuto di decisivo rilievo: quello della stabilità degli indirizzi giurisprudenziali, attraverso l'introduzione di un vincolo di natura tendenzialmente processuale. Non si crea così una situazione di necessaria obbedienza, ma una sorta di "sintassi virtuosa" sulla base di un protocollo operativo convergente verso il risalto dell'autorevolezza e del ruolo di indirizzo delle Sezioni Unite

L'unico obbligo è, quindi, quello di rimettere il ricorso, ad opera della Sezione semplice, alle Sezioni Unite, ma non ad essere obbligate ad adottare una decisione di contenuto conforme a quella delle Sezioni Unite.

Le questioni fin qui trattate consentono anche di enucleare alcune interessanti considerazioni sulla necessità che tutti i consociati siano in grado di prevedere le decisioni dei giudici in materia penale.

Questa concezione non è altro che una proiezione del "principio di prevedibilità" della decisione giudiziale in materia penale la cui fisionomia ed i cui corollari dovrebbero essere oggetto di analisi. In un mondo ideale occorrerebbe che il consociato fosse in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta: se la condotta stessa sia considerata illecita; se, oltre che genericamente illecita, la condotta possa essere considerata penalmente rilevante ed infine quale pena egli dovrà scontare nell'ipotesi in cui venga sottoposto ad un processo. Nella riflessione compiuta dagli studiosi di altre branche del diritto, il concetto di prevedibilità della decisione giudiziale è spesso immediatamente associato a quello di certezza del diritto. Il richiamo a tale valore, costante nei casi in cui si invochi, anche nel nostro ordinamento, l'introduzione di una qualche forma di vincolatività dai precedenti, in particolare della Corte di Cassazione, all'ovvio fine di rendere più stabile e dunque più prevedibile l'applicazione della legge da parte dei giudici. Da un lato l'esigenza della certezza del diritto, che sarebbe un valore particolarmente prezioso nelle materie criminali, deve confrontarsi con il principio di legalità in materia penale, che è da noi consacrato nell'articolo 25 comma 2 della Costituzione.

La prevedibilità delle decisioni giudiziali corrisponde ad un preciso dover essere nel sistema penale, dotato di precise basi costituzionali e convenzionali, ed in ragione di ciò si tratta di esaminare come a tale principio possa essere dato concreta attuazione nell'ordinamento. La recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha stimolato presso la dottrina penalistica una rimeditazione del principio di prevedibilità della decisione giudiziale, assunto da quella giurisprudenza quale contenuto fondamentale della stessa garanzia del *nullum crimen*. Anche in un ordinamento di *civil law* grava su ogni giudice il dovere non solo di rendere giustizia nel caso concreto, ma anche di rafforzare e comunque di non frustrare, attraverso le proprie decisioni, la prevedibilità delle future decisioni di casi simili da parte di altri giudici. Da un lato attraverso l'enunciazione in forma chiara e precisa della *ratio decidendi* che

⁵ G. Insolera – Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere, in Archivio Penale, Speciale riforme, 2018.

⁶ Corte Costituzionale sentenza n.230 del 12 ottobre 2012.

sostiene la soluzione di questioni nuove; dall'altro, attraverso il tendenziale vincolo del giudice alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza consolidata.⁷

2. Le valutazioni antitetiche sulla natura dell'aggravante speciale prevista dall'art.7 d.l. n.152 del 1991 ed oggi inserita nell'art.416-bis.1 cod.pen..

Lo spunto decisionale delle Sezioni Unite della Corte Suprema di cassazione è legato alla rimessione al Collegio, dalla Seconda Sezione Penale, la contesa interpretativa sussistente nelle pronunce della Corte di Cassazione in ordine alla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa, prevista dall'art.7 d.l. n.152 del 1991, oggi trasfusa nell'art.416-bis 1 cod.pen.8.

In tal caso la Sezione di merito assegnataria del ricorso ha ritenuto di rimettere la questione alle Sezioni unite, secondo il disposto del già citato art.618 del c.p.p..

L'aggravante di cui si discute, origina dalla necessità di "coprire" anche le più sfuggenti condotte dei "fiancheggiatori" delle organizzazioni mafiose, per cui il Legislatore, costretto a trascurare i principi di tassatività e materialità, ha aperto, in tal modo, un varco enorme alla dubbia interpretazione giurisprudenziale, del tutto indifferente alla tipizzazione dell'aggravante in parola al punto da delineare perfino una "responsabilità mafiosa ambientale", a mezzo di una evidente debolezza probatoria. L'aggravante in questione, risponderebbe allo scopo di "coprire" penalmente, con l'applicazione di una sanzione più grave, i comportamenti dei fiancheggiatori dell'associazione mafiosa, quindi, alla ratio di contrastare in maniera più decisa, vista la pericolosità e determinazione criminosa, quei comportamenti di soggetti che, partecipi o non partecipi di reati associativi, utilizzino metodi mafiosi, ovvero quelle condotte idonee ad esercitare sui soggetti passivi quella particolare coartazione e quella conseguente intimidazione che sono proprie delle organizzazioni della specie considerate.⁹

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite completa un percorso di "legalizzazione" dell'aggravante, iter già timidamente avviato con la pronuncia della Corte costituzionale dichiarativa dell'illegittimità dell'articolo 275, comma 3, secondo periodo, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.¹⁰

⁷ F. Viganò – "Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale" in Diritto Penale Contemporaneo – Nov.2014.

⁸ Articolo inserito dall'art. 5, 1° co., lett. d, D.Lgs. 1.3.2018, n. 21, a decorrere dal 6 aprile 2018, in attuazione del principio di riserva di codice.

⁹ L. Rovini – "La Cassazione sulla configurabilità dell'aggravante del 'metodo mafioso' nei luoghi dove è radicata un'associazione mafiosa storica" – DPC n.5/2018.

¹⁰ Sentenza n.57/2013 della Corte Costituzionale "nei giudizi di legittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, promossi dal Tribunale di Lecce con ordinanze del 16 maggio e del 7 giugno 2012 e dalla Corte di cassazione con due ordinanze del 10 settembre 2012,

La giurisprudenza ha finito, nel tempo, per utilizzare l'aggravante ad effetto speciale, che qui ci occupa, addirittura come strumento "normativo-processuale" per ricomprendere tutti i comportamenti non inquadrabili nel paradigma criminoso di cui all'art. 416 bis c.p., elevando l'aggravante de qua al rango di norma incriminatrice. Orbene con la sentenza in commento la Corte di Cassazione riafferma la necessità di un solido impianto motivazionale alla base della contestazione della circostanza aggravante di cui all'art. 416 bis., ed opera un'importante ricognizione delle evidenze oggettive da porsi alla base dell'elemento psicologico che deve sorreggere la condotta agevolatrice. La pronuncia che ci occupa, "allevia le ambiguità" da cui risulta intrisa la circostanza medesima. 13

Il sensibile aumento numerico dell'applicazione di simile dispositivo è dettato da una chiara intenzione, espressa anche dal legislatore in recenti interventi, di rendere una risposta più efficace contro il crimine organizzato. E tale maggiore efficacia viene ricercata attraverso un rincaro nei meccanismi sanzionatori attuato sia nel loro momento genetico sia nel loro momento funzionale. Per tali ragioni, nonostante siano trascorsi ormai ventisette anni dalla sua entrata in vigore, si può attualmente registrare, molto più di quanto non accadesse in origine, un vivo dibattito in ordine ai suoi reali perimetri di applicazione. Secondo la tradizionale impostazione ermeneutica, la citata previsione sarebbe divisibile in due sotto-fattispecie. La prima riguarderebbe il "metodo" con cui verrebbe portata a termine la condotta del reato base, la seconda, invece, sarebbe polarizzata sul "fine" dell'agevolazione dell'associazione criminale perseguito nella commissione del reato.

Si tratta a bene vedere di "specificazioni" che, in quanto prodotto dell'elaborazione giurisprudenziale, risultano connotate da un debole grado di stabilità interpretativa, nel caso che ci occupa, auspicabilmente, cristallizzato dall'intervento delle Sezioni Unite. L'aggravante in parola ha rappresentato e rappresenta, in maniera innegabile, un meccanismo per mettere in atto la linea di indirizzo preventivo-repressiva, sempre più diffusa sul piano legislativo oltre che su quello ermeneutico. Ed in tale panorama di "pan-prevenzione" l'aggravante in questione ha assunto un ruolo di vera e propria protagonista, condizionando in maniera significativa le dinamiche e la dialettica sia nella fase dell'accertamento, oltre che nella fase dell'esecuzione della pena.

La pronuncia che si analizza, consente di recuperare, almeno in parte, lo squilibrio generatosi tra una previsione improntata al trionfo della prevenzione generale, per l'apprezzabile temperamento della possibilità di configurarne l'esistenza, avendo essa stessa natura soggettiva, concernendo la direzione della volontà della condotta(sebbene come vedremo, va distinta la posizione del soggetto agente da quella ancillare del concorrente).

Intanto, la giurisprudenza, proprio per la sottospecie soggettiva, ha affermato che debba ricorrere, in atto ed a tutti gli effetti, un'associazione per delinquere propriamente intesa. ¹⁵ La pregressa esistenza di un consesso associativo mafioso, diventa per la sottofattispecie soggettiva (dell'agevolazione) elemento indefettibile.

rispettivamente iscritte ai nn. 131, 175, 269 e 270 del registro ordinanze 2012 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 27, 36 e 48, prima serie speciale, dell'anno 2012."

¹¹ E. Reccia – "L'aggravante dell'art.7 del D.L. n.152 del 13 maggio 1991 - Una sintesi di inafferrabilità del penalmente rilevante" in Diritto Penale Contemporaneo – 2/2015.

¹² L. Ninni – "Aggravante del metodo mafioso: la Suprema Corte propone una sintesi degli elementi probatori rilevanti per l'integrazione della circostanza di cui all'art./ D.L. 152/1991" – Diritto Penale Contemporaneo – Sett. 2017.

¹³ Sul punto occorre segnalare quanto già espresso da Cass. Sez. 6, n. 21342 del 02/04/2007, Mauro, Rv. 236628 e Sez. VI, sent. 1 marzo 2017 (dep. 23 marzo 2017), n. 14249.

¹⁴ S. Faiella – L'aggravante mafiosa nella stagione del trionfo della prevenzione generale – Il Diritto Penale della Globalizzazione – Apr.2018.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. II, 29 aprile 2013, n.18745; Cass. sez. II, 30 novembre 2011 n. 47404, in *C.E.D. Cass.* n. 251607, 2012.

Questa genericità della previsione dell'art.416-bis 1 del c.p. (già art.7 della L.203/1991) che potremmo qualificare descrittiva (quanto ai perimetri dettati dalla semantica) e funzionale (quanto alle possibilità di essere applicata a qualsivoglia delitto) stride senz'altro con le analizzate conseguenze che detta norma è in grado di provocare, consentendo di giungere, anche ove di fondo ricorra solo un reato "minore", ad effetti sanzionatori notevolmente più gravi. Ed, infatti, non v'è chi non veda come quanto più la norma sia severa sul piano della forza intimidatrice, tanto più essa dovrebbe essere certa rispetto ai propri perimetri applicativi. Da qui il circolo vizioso. Le due sottofattispecie, di cui, appunto, una connotata sotto il profilo oggettivo (quella del metodo) e l'altra di marca soggettiva (finalità agevolatrice), finiscono inevitabilmente per scontare un'inevitabile conseguenza: al mancato rispetto del principio determinatezza, si associa, questa volta da parte del giudice, il conseguente mancato rispetto del canone della tassatività. Non può, del resto, esservi tassatività ove non sussista sufficiente determinatezza. Si tratta, evidentemente, di profondi vulnera contro i ben noti principi costituzionali in materia penale. Non potrà, inoltre, tacersi che l'aggravante dell'agevolazione mafiosa, o del metodo, proprio per la difficoltà a circoscriverne l'efficacia applicativa, è in grado di spiegare effetti oltre la "prevedibilità", contemplato dall'art.7 CEDU¹⁶, con ciò ponendosi in antitesi ai principi di determinatezza e prevedibilità¹⁷ in relazione alla sua applicazione concreta. Corre ancor più rischi di esposizione a concreta esasperazione, tale principio, proprio in ragione dell'evidente carattere di essere un'aggravante "comune", quindi, applicabile funzionalmente a qualsiasi delitto, con l'effetto di poter far innalzare la pena non solo effettiva, ma anche quella in concreto da espiare.

Se da un lato l'aggravante del metodo mafioso¹⁸, la cui applicazione ha dato luogo a minori problemi interpretativi, controversa è invece la natura dell'aggravante prevista nella seconda parte del primo comma dell'art.416 -bis 1 cod.pen., caratterizzata dalla finalità di agevolazione.

3. Le varie letture interpretative cui ha dato origine l'aggravamento di pena ove qualsiasi reato sia stato commesso "al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art.416-bis cod. pen.". I discordi orientamenti giurisprudenziali.

Appare a questo punto utile esaminare le varie letture interpretative, per seguire il percorso effettuato dalla Suprema corte con la disciplina applicabile, anche, in caso di concorso di persone nel reato. Infatti secondo un primo orientamento la circostanza, che ci occupa, verrebbe integrata da "un atteggiamento di tipo psicologico dell'agente", che richiama i motivi a delinquere, quindi non estensibile ai concorrenti nel reato¹⁹.

¹⁶ Vd. al riguardo, C.E.D.U., Sez. IV, 22 gennaio 2013, Camilleri c. Malta.

¹⁷ In tema di "prevedibilità della decisione giudiziale" cfr. F. Viganò – "*Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*" – Diritto Penale Contemporaneo – 2017.

¹⁸ Con tale aggravante, afferma la Suprema Corte con la sentenza in commento: "Si dispone l'aumento della pena prevista per qualsiasi reato, nell'ipotesi in cui l'illecito sia stato realizzato con l'utilizzazione di una forza intimidatoria che – a prescindere da qualsiasi legame del suo autore con l'organizzazione mafiosa o con l'esistenza stessa di tale compagine in quel contesto – ne mutui le modalità di azione, per proporre il clima di assoggettamento che le è caratteristico. Sotto questo profilo, la norma evidenzia un duplice carattere preventivo: evitare fenomeni emulativi, essi stessi forieri di un rafforzamento della tipica struttura mafiosa, volta alla sopraffazione, e liberare i soggetti passivi dal potenziale giogo conseguente a tali atti, restituendo loro strumenti per una pronta reazione, a tutela della libertà di autodeterminazione. Pacifica la natura oggettiva di questa circostanza, che si caratterizza e si esaurisce per le modalità dell'azione." - *NDR: Le note dal nn. 116-119 non esistono più* -

¹⁹ La disciplina dell'imputazione delle circostanze e della comunicabilità delle stesse ai concorrenti è stata profondamente modificata dalla L.7.2.1990 n.19. Si tratta di due profili strettamente legati tra di loro, in quanto, da un lato, la comunicazione delle circostanze ai concorrenti presuppone l'osservanza delle regole generali di imputazione delle circostanze, e, dall'altro, la previsione della non comunicabilità di determinate circostanze ne

Un contrapposto orientamento, prevede che l'aggravante sia integrata da un "elemento obiettivo", attinente alle modalità dell'azione, ed è quindi riconducibile alle circostanze di natura oggettiva ai sensi dell'art.70 c.p.²⁰, con conseguente estensibilità ai concorrenti, secondo la previsione dell'art.59 c.p., purchè conosciuta e conoscibile.

Analizzando un ulteriore orientamento, la natura dell'aggravante e la relativa disciplina in caso di concorso di persone nel reato sono correlate funzionalmente da come la stessa si atteggia in concreto e dal reato cui essa acceda. L'orientamento che considera l'aggravante di natura soggettiva, prevede che la stessa venga integrata da "un atteggiamento psicologico per lo più definito in termini di dolo specifico".

È, quindi, necessario che l'agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale del reato base, agisca per il fine di agevolare l'attività dell'associazione di tipo mafioso. La realizzazione di tale finalità non è, comunque, necessaria per l'integrazione dell'aggravante. Viene così ritenuta di natura soggettiva, perché concerne i motivi a delinquere o l'intensità del dolo, perciò riconducibile in quelle contemplate dall'artt.118 del c.p., senza che si estendano, pertanto, ai concorrenti nel reato.

Ciò che non risulta del tutto pacifico è in che termini debba individuarsi l'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, ovvero se l'agente persegua esclusivamente come obiettivo finale quello agevolativo dell'associazione, o se tale impulso psicologico possa essere associato ad un diverso scopo, purché permanga la consapevolezza di avvantaggiare l'associazione mafiosa.

Così come non è del tutto uniforme, nell'ambito del medesimo orientamento, quale sia il requisito necessario, ai fini dell'applicazione della circostanza, in caso di concorso di persone nel reato, ovvero se sia necessario individuare in capo a ciascun concorrente il dolo specifico richiesto dalla norma o se, invece, sia sufficiente che il concorrente abbia arrecato il proprio contributo nella consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente. Secondo questo orientamento principale, che vede al suo interno delle sotto-correnti esegetiche, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, è richiesta, anche la presenza di un elemento di natura oggettiva, coincidente, in un'ottica di necessaria offensività, con la dimostrazione della idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa. Da questo punto di vista, sebbene tale requisito molto spesso sia richiesto per la prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante, tuttavia la giurisprudenza, ne ha messo in rilievo la necessità, quale ulteriore elemento costitutivo, in una proiezione orientata al rispetto del principio di offensività.

All'interno dell'orientamento che predilige l'atteggiamento di tipo psicologico dell'agente, è necessario, poi, registrare una doppia linea di pensiero. Infatti per talune decisioni²¹, l'aggravante dell'agevolazione di "tipo soggettivo", rilevando che essa "si sostanzia nella volontà specifica di favorire ovvero di facilitare, con il delitto posto in essere,

impedisce la imputazione agli altri concorrenti.

²⁰ G. MANCA, "Le circostanze del reato", in M. Ronco (diretto da), Commentario. sistematico al codice penale,Il reato, tomo II, II ed., Bologna, Zanichelli. La classificazione delle circostanze in oggettive e soggettive, operata dall'art. 70, assumeva rilevanza in relazione all'originaria disciplina dell'art. 118. Tale norma, infatti, prima della modifica introdotta dalla L. 7.2.1990, n. 19, prevedeva una disciplina differenziata in funzione del carattere oggettivo o soggettivo delle circostanze, determinato alla stregua dell'art. 70, e stabiliva, in tema di estensione delle circostanze ai compartecipi nel concorso di persone, che a questi fossero attribuite tutte le circostanze oggettive e quelle, tra le circostanze soggettive, che avessero agevolato la realizzazione del fatto. Il quadro normativo è stato parzialmente modificato dalla novella del 1990. Infatti, il legislatore nel nuovo testo dell'art. 118 si è limitato ad escludere dal novero delle circostanze estensibili ai compartecipi talune categorie tassativamente indicate, e cioè «le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole». Conseguentemente, i problemi classificatori sono oggi ampiamente scemati.

²¹ Cass. Pen. Sent. n.10 del 28.03.2001 – ric. Cinalli – Rv.218378. In particolare, secondo Sez. U, Cinalli, «l'aggravante si articola [...] in due differenti forme, pur logicamente connesse: l'una a carattere oggettivo, costituita dall'impiego del metodo mafioso nella commissione di singoli reati, l'altra di tipo soggettivo, che si sostanzia nella volontà specifica di favorire ovvero di facilitare, con il delitto posto in essere, l'attività del gruppo».

l'attività del gruppo, e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo", con ciò prospettando una esclusività del fine agevolativo²². Svariate sono le pronunce delle Sezioni semplici che hanno valutato in senso analogo la natura della richiamata circostanza²³. Talune altre sentenze, affermano che la "direzione della volontà" funzionale all'agevolazione non debba avere natura esclusiva²⁴. L'orientamento contrapposto coincide con il ritenere che la circostanza in esame sia integrata da un elemento oggettivo, consistente nell'essere l'azione «rivolta ad agevolare un'associazione di tipo mafioso»; secondo le sentenze riconducibili a tale orientamento²⁵, quindi, l'aggravante dell'agevolazione non è riconducibile a quelle contemplate dall'art. 118 cod. pen., ed è pertanto estensibile ai concorrenti nel reato. Dette pronunce, secondo il contenuto delle relative motivazioni, non ritengono però sufficiente, ai fini dell'integrazione della circostanza, un atteggiamento riconducibile all'ignoranza incolpevole, nel senso che per l'integrazione dell'aggravante tale ultimo status di natura psicologica può, al più, essere sufficiente ai fini dell'estensione della circostanza ai concorrenti nel reato. La classificazione della circostanza quale "oggettiva", non esime dalla verifica dell'esistenza, almeno in uno degli agenti, dell'elemento psicologico che connota la "finalizzazione della condotta". Sottolinea la Corte che, comunque, in "entrambe le chiavi di lettura" si conferisce rilievo alla previsione dell'agente dell'utilità potenziale ed astratta del risultato per il consesso associativo.

Quello che, poi, viene considerato quale "orientamento itermedio" prevede che la natura dell'aggravante vada verificata, secondo come la stessa si atteggi nel caso concreto, tenuto anche conto del reato a cui risulti speculare. In particolare, quando l'aggravante si configura come un dato oggettivo, che oltrepassa la condotta del singolo agente e che, piùttosto che denotare una specifica attitudine delittuosa del singolo concorrente, finisce per agevolare la commissione del reato, secondo il principio ubi commoda ibi incommoda²⁶, deve ritenersi estensibile ai concorrenti. Questo orientamento, comunque non si sottrae, alla necessaria conferma che l'attività dell'agente "esprima comunque un'oggettiva capacità di agevolare, almeno potenzialmente, l'associazione criminale, ritenendo necessaria un'interpretazione della norma conforme alla struttura di un diritto penale del comportamento". Le Sezioni Unite, quasi discostandosi dall'ordinanza di rimessione²⁷,

²² Cass. Pen. SS.UU. sent. N.337 del 18.12.2008 – ric. Antonucci – rv.241575.

²³ Cass. Pen. Sez. VI, n. 24883 del 15/05/2019, Crocitta, Rv. 275988; Sez. VI, n. 52910 del 24/10/2018, Vitale, non mass; Sez. II, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Sez. VI, n. 46007 del 06/07/2018, D'Ambrosca, Rv. 274280; Sez. I, n. 52505 del 20/12/2017, dep. 2018, Lamanna, Rv. 276150; Sez. VI, n. 8891 del 19/12/2017, dep. 2018, Castiglione, Rv. 272335; Sez. II, n. 6021 del 29/11/2017, dep. 2018, Lombardo, Rv. 272007; Sez. I, n. 54085 del 15/11/2017, Quaranta, Rv. 271641; Sez. VI, n. 11356 del 08/11/2017, dep. 2018, Ardente, Rv. 272525; Sez. VI, n. 54481 del 06/11/2017, Madaffari, Rv. 271652; Sez. VI, n.28212 del 12/10/2017, dep. 2018, Barallo, Rv. 273538; Sez. VI, n. 43890 del 21/06/2017, Aruta, Rv. 271098.

²⁴ Cass. Sez. II, n. 53142 del 18/10/2018, Inzillo, Rv. 274685; Cass. Sez. III, n. 9142 del 13/01/2016, Basile, Rv. 266464; Sez.III, n. 36364 del 20/05/2015, Mancuso, non mass.; Sez. V, n. 11101 del 04/02/2015, Platania, Rv. 262713; Sez.I, n. 49086 del 24/05/2012, Acanfora, Rv. 253962.

²⁵ Cass. Sez. II, n. 24046 del 17/01/2017, Tarantino, Rv. 270300; Sez. VI, n. 19802 del 22/01/2009, Napolitano, Rv. 244261; Sez. II, n. 52025 del 24/11/2016, Vernengo, Rv. 268856; Sez. V, n. 9429 del 13/10/2016, dep. 2017, Mancuso, Rv. 269365; Sez. V, n. 10966 del 08/11/2012, dep. 2013, Minniti, Rv. 255206.

²⁶ Il brocardo latinistico sopra richiamato (tradotto letteralmente con: "dove sono vantaggi, sono anche svantaggi"), assume rilevanza come principio generalissimo dell'ordinamento giuridico italiano con riferimento alla responsabilità civile, in quanto mette in rilievo che chi trae vantaggio da una situazione, deve sopportarne (assumendone la responsabilità) anche le eventuali conseguenze negative.

²⁷ La Corte di Cassazione, II Sezione Penale, con ordinanza del 4 ottobre 2019 (ud. 10 settembre 2019), n. 40846 - Presidente Gallo, Relatore Recchione - ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di diritto relativa alla natura giuridica della circostanza aggravante di cui all'art. 416-bis.1. c.p. – articolo inserito dal D.Lgs. 1-3-2018 n. 21 "Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103" – secondo cui «per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo la pena è aumentata da un terzo alla metà». Questa, in

hanno ritenuto di dover ravvisare il contrasto sotto profili differenti, da un lato nella individuazione dell'elemento soggettivo necessario ad integrare l'aggravante, essendo opportuno stabilire se coincida con il dolo specifico, o con la ordinaria consapevolezza della idoneità della condotta ad agevolare l'attività della organizzazione criminale ed, inoltre, il requisito necessario per "l'estensione" o l'applicabilità dell'aggravante ai concorrenti nel reato, individuato nel dolo specifico o nella consapevolezza, ovvero nella "mera ignoranza colposa". La questione che le Sezioni Unite, hanno ritenuto di affrontare, va ben oltre l'ordinanza di rimessione, pur traendo spunto, proprio, dalle contrapposte tesi; l'una che ritiene soggettiva l'aggravante (che al suo interno si dipana in orientamenti non sovrapponibili in tema di elemento psicologico), l'altra che pur configurandola di spunto oggettivo, richiede per la sua corretta integrazione, che, in capo ad almeno uno dei concorrenti sia configurabile il dolo specifico, oppure la mera consapevolezza della oggettiva finalizzazione dell'azione agevolatrice.

A bene vedere la Corte di Cassazione, non si limita a sciogliere il nodo nomofilattico che attiene all'elemento psicologico dell'agente, ma si occupa di individuare la disciplina applicabile in caso di concorso di persone nel reato.

Nell'ambito dell'orientamento che ritiene di natura soggettiva l'aggravante si deve differenziare la tesi che richiede per la sua applicazione al concorrente nel reato che anche questi sia animato dal dolo specifico, da quella che ritiene sufficiente la mera consapevolezza della finalità perseguita dall'agente o, addirittura, la sola ignoranza colposa dell'idoneità della condotta ad agevolare l'associazione di stampo mafioso. Sostiene la Corte suprema che "l'individuazione dei requisiti necessari per l'applicazione della circostanza in esame al concorrente dipende da come si ricostruisce l'elemento soggettivo integrante la stessa aggravante", con ciò assimilando la consapevolezza dell'idoneità della condotta dell'agente alla consapevolezza del concorrente nel fine agevolativo del consesso associativo. Peraltro, per completezza espositiva, occorre registrare che le oscillazioni giurisprudenziali sulla natura dell'aggravante non hanno trovato alcuna sponda nell'analisi dottrinale, che ha sempre assegnato una caratterizzazione soggettiva all'apparato psicologico che sorregge la condotta, esigendo, in più, che la rappresentazione della volizione si abbini ad elementi di fatto di natura oggettiva, scongiurando la punizione di "un pericolo del pericolo". Quindi per la configurazione della stessa, secondo l'elaborazione dottrinale²⁸, è richiesta non solo l'intenzione, ma anche la presenza di elementi concreti, idonei a rendere possibile la realizzazione dell'intento avuto di mira. Ne consegue che la ricostruzione della natura giuridica dell'aggravante non può essere orientata verso una lettura in termini puramente oggettivi, atteso che un difetto di rappresentazione e volizione di tali conseguenze avrebbe delle preoccupanti ripercussioni sulla tipicità della fattispecie, con prospettive di lesione delle tutele costituzionali.

4. Le caratteristiche della finalità agevolativa dell'associazione mafiosa e la qualificazione della circostanza nell'ambito di quelle di natura soggettiva.

La natura della discussione sulla oggettività o soggettività dell'aggravante ha trovato scaturigine, soprattutto, in relazione alle diverse conseguenze derivanti dall'applicazione delle disposizioni di cui agli artt.59 o 118 del codice penale. Da questo

particolare, la questione rimessa: «se l'aggravante speciale già prevista dall'art. 7 D.I. n. 152 del 1991 ed oggi inserita nell'art. 416 bis.1 cod. pen. che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata "al fine di" agevolare l'attività delle associazioni mafiose abbia natura "oggettiva" concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura "soggettiva" concernendo la direzione della volontà».

²⁸ I. Merenda – "La circostanza aggravante della finalità di agevolazione mafiosa: incoerenze sistematiche e incertezze applicative" in Archivio Penale 20.12.2015.

punto di vista non può trascurarsi di considerare (come sopra anticipato) che entrambe le norme sono state novellate attraverso la legge 19/1990. L'obiettivo perseguito attraverso questo intervento è stato quello di garantire l'eliminazione di qualsiasi riflesso di responsabilità oggettiva, anche su elementi non costitutivi del reato, in ragione del necessario raccordo di ogni componente dell'illecito, costitutivo o circostanziale²⁹, al criterio costituzionale della responsabilità penale.

Per effetto delle modifiche apportate dalla L.7.2.1990, n. 19, agli artt. 59 e 118, infatti, è stata ridisegnatala disciplina dell'imputazione delle circostanze e della comunicabilità delle stesse ai concorrenti. Si tratta di due profili strettamente legati tra di loro, in quanto, da un lato, la comunicazione delle circostanze ai concorrenti presuppone l'osservanza delle regole generali di imputazione delle circostanze, e, dall'altro, la previsione della non comunicabilità di determinate circostanze ne impedisce la imputazione agli altri concorrenti. La nuova disciplina si distacca nettamente da quella contenuta nell'originaria previsione del codice Rocco.³⁰ Abbandonando la distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive contenuta nel vecchio testo della norma, la nuova formulazione dell'art. 118 indica espressamente le circostanze aggravanti ed attenuanti che possono essere valutate solo nei confronti della persona cui attengono: si tratta, precisamente, delle circostanze (soggettive) concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa, e di quelle inerenti alla persona del colpevole. Le stesse si applicano - se conosciute o conoscibili quando si tratta di aggravanti e anche se non conosciute quando si tratta di attenuanti - soltanto al concorrente al quale si riferiscono, mentre non possono comunicarsi agli altri partecipi, siano da essi conosciute o meno.

Mediante l'enunciazione in positivo delle circostanze non comunicabili agli altri concorrenti, il vigente testo della norma afferma implicitamente un altro principio, cioè quello della possibilità di comunicare tutte le restanti circostanze, non espressamente indicate, sempre a condizione che siano conosciute o conoscibili quando si tratta di aggravanti, e anche se non conosciute quando si tratta di attenuanti (operando queste ultime oggettivamente)³¹. Rispetto al testo normativo previgente, non si richiede più che le circostanze aggravanti soggettive siano servite ad agevolare la commissione del reato, e si realizza quindi, sotto questo profilo, un ampliamento dell'ambito di estensione delle circostanze ai concorrenti, seppur si richieda l'osservanza del regime generale di

²⁹ Pressoché unanime nell'attribuire importanza non decisiva alla componente legale del sistema, la dottrina si divide sui modelli da adottare, configurando le situazioni considerate dall'art. 59 ora come fatti giuridici autonomi rispetto al fatto previsto dalla disposizione incriminatrice di parte speciale, ora come elementi costitutivi di una fattispecie complessa. Una impostazione del primo tipo è quella prospettata da Carnelutti, Teoria generale del reato, Padova, 1933, 57 e Teoria generale del diritto, 2ª ed., Roma, 1946, 183, nel contesto della teorizzazione di fatti giuridici strumentali che intervengono a modificare o a neutralizzare la rilevanza virtuale di altri fatti giuridici. Un approccio del secondo tipo, erede della distinzione Kelseniana fra norma ed enunciato normativo, è quello teorizzato da Nuvolone, I limiti taciti della norma penale, 2ª ed., Padova, 1972, 35, il quale configura le situazioni che escludono o modificano la pena come frammenti della "norma reale", intesa come la risultante del combinato disposto di tutte le proposizioni che intervengono a qualificare una situazione fattuale. Questa dicotomia di accostamenti, l'uno destrutturalizzante, l'altro strutturalizzante (Licci, Modelli, 225), attraversa tutte le tematiche implicate dall'art. 59, interessando le circostanze sia negative che modificative della sanzione penale. Per quanto riguarda il primo gruppo di circostanze, cioè le cause di esclusione della pena, un esempio di accostamento destrutturalizzante è quello proposto da Marinucci, Antigiuridicità, in Digesto pen., I, Torino, 1987, 172 e Cause di giustificazione, in Digesto pen., II, Torino, 1988, 131, mentre un esempio di accostamento strutturalizzante è quello proposto da Grosso, L'errore sulle scriminanti, Milano, 1961, 25 e Cause di giustificazione, in EG, VI, Roma, 1988.

³⁰ Nel codice del 1930, l'originaria formulazione della norma in commento si imperniava sulla distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive. Le circostanze oggettive, aggravanti o attenuanti, dovevano esser valutate a carico dei partecipi, anche se non conosciute da tutti i concorrenti (1° co.). Le circostanze aggravanti soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, erano poste a carico anche degli altri concorrenti, sebbene non conosciute, quando erano servite ad agevolare l'esecuzione del reato (2° co.). Ogni altra circostanza, aggravante o attenuante, era valutata soltanto riguardo alla persona cui si riferiva (3° co.).

³¹ Fiandaca-Musco – Diritto Penale. Parte Generale, pagg.521 e segg. – Zanichelli Edit.

imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti previsto dall'art. 59, con la conseguenza che la loro attribuibilità presuppone un coefficiente di colpevolezza riferito a ciascuno dei concorrenti, il quale deve averne avuto conoscenza effettiva o potenziale³².

Secondo la Cassazione, quindi, il discrimine, ai fini della possibilità di estensione delle circostanze, non dovrebbe riguardare la natura, oggettiva o soggettiva delle stesse, ma piuttosto la possibilità di estrinsecazione della circostanza all'esterno, "cosicchè rimane esclusa dall'attribuzione al compartecipe qualsiasi elemento di aggravamento o di attenuazione della fattispecie, confinato all'interno dell'agente, che proprio in quanto tale, non può subire estensione ai concorrenti". In conseguenza, ove sussistano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento dell'agente sia stato condiviso ed approvato dal concorrente, e tale consapevolezza non lo abbia dissuaso dalla collaborazione, non vi è ragione per escludere l'estensione della sua applicazione.

In definitiva, sostiene la Corte, ove l'elemento psicologico di uno degli autori sia stato conosciuto anche dal concorrente che ne abbia espresso adesione, ne deriva che si comunichi anche al suo dolo diretto, purchè vi sia stata consapevole collaborazione funzionale.

5. L'estensione ai concorrenti della circostanza di natura soggettiva ove il coautore sia consapevole della finalità del compartecipe.

La conclusione a cui perviene la Corte è che il concorrente nel reato, che non condivida con il coautore la finalità agevolativa, ben può rispondere del reato aggravato, le volte in cui sia consapevole della finalità del compartecipe, secondo la previsione generale dell'art. 59, secondo comma, cod. pen., che attribuisce all'autore del reato gli effetti delle circostanze aggravanti da lui conosciute. Viene così in gioco la concezione monistica del reato plurisoggettivo che prevede l'equivalenza degli apporti causali alla consumazione dell'azione concorsuale, così che la realizzazione della singola parte dell'azione, convergente verso il fine, consente di attribuire al partecipe l'intera condotta illecita, che rimane unitaria.

Afferma la Corte che per il coautore del reato, non coinvolto nella finalità agevolatrice, è sufficiente il dolo diretto, che comprende anche le forme di dolo eventuale. E' evidente però che la natura soggettiva dell'aggravante di pertinenza del partecipe non consente di estendere l'imputazione soggettiva alla colpa, prevista dalla seconda parte della disposizione richiamata, in quanto la condizione in esame è incompatibile con un obbligo giuridico di conoscenza o di ordinaria prudenza, necessariamente ricollegabile all'imputazione colposa.

Invero le situazioni contingenti (dalla occasionalità della compartecipazione o all'ignoranza dell'esistenza di un contesto criminale), non potrebbe mai generare un obbligo giuridico di diligenza, suscettibile di sostenere gli elementi dell'imputazione colposa. La componente oggettiva della condotta all'agevolazione mafiosa, nella sua dimensione funzionale, da parte del compartecipe deve essere oggetto di mera

³² Cass. Pen. Sez. V - 28.10.1996 «in tema di valutazione delle circostanze, correlando le norme di cui agli art. 59 e 118 - come modificati dalla legge L.7.2.1990, n. 19 - si ricavano due complementari principi giuridici. Le circostanze attenuanti, soggettive ed oggettive, sono sempre applicabili alla persona alla quale si riferiscono, anche se non conosciute, mentre le circostanze aggravanti sono applicabili soltanto se conosciute; nel caso di concorso di persone nel reato, le circostanze soggettive specificamente indicate nell'art. 118 - e cioè quelle concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa nonché quelle inerenti la persona del colpevole - si applicano, in quanto aggravanti, se conosciute, ed in quanto attenuanti, anche se non sono conosciute, soltanto alle persone alle quali si riferiscono e non si comunicano a tutti gli altri compartecipi, siano da essi conosciute o meno: viceversa, le circostanze oggettive e quelle soggettive, non specificamente indicate, si comunicano a tutti i compartecipi, in quanto aggravanti, se conosciute, e, in quanto attenuanti, anche se non sono conosciute».

rappresentazione, non di volizione, aspetto limitato agli elementi costitutivi del reato, e non può, comunque, essere connotata dal mero sospetto, poiché in tal caso si porrebbe a carico del concorrente un onere informativo di difficile perseguibilità.

A tal riguardo occorre accertare se il compartecipe è in grado di cogliere la finalità avuta di mira dal partecipe, condizione che può verificarsi sia a seguito della estrinsecazione espressa da parte dell'agente delle proprie finalità, o per effetto della manifestazione dei suoi elementi concreti, quali particolari rapporti del partecipe con l'associazione illecita territoriale, o di altri elementi di fatto che emergano dalle prove assunte. In presenza di tali dati dimostrativi, non potrebbe negarsi che l'agente, cui si riferisce l'art. 59, secondo comma, cod. pen., concetto che comprende chiunque dia il suo contributo alla realizzazione dell'illecito, e quindi anche il compartecipe, si sia rappresentato la finalità tipizzante la fattispecie aggravata, e pur, non agendo personalmente a tal fine, abbia assicurato il suo apporto al perfezionamento dell'azione illecita, nelle forme volute dai concorrenti.

Il principio enunciato dalla Suprema Corte, in conclusione, tiene in debita considerazione la posizione del soggetto agente, distinguendola da quella del concorrente, sul piano dell'incidenza del nesso psicologico e funzionale della condotta, cosicchè «L'aggravante agevolatrice dell'attività mafiosa prevista dall'art. 416-bis 1 cod. pen. ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale" e nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità. Vale la pena di specificare che la consapevolezza dell'altrui finalità, in capo al concorrente, deve essere oggetto di mera rappresentazione e non di volizione, così restringendo le maglie della ascrivibilità di tale aggravante.

PUBBLICO E PRIVATO NEL DIRITTO URBANISTICO.

L'interesse pubblico tra dinamiche organizzative e profili consensuali.

Giovanni Maria Caruso - Emanuele Guarna Assanti -

Abstract (it): Le funzioni in materia urbanistica tendono a produrre una serie di problematiche che investono tanto i rapporti interni alla sfera pubblica quanto quelli che si instaurano fra pubblico e privato. Le prime si manifestano in ragione della distribuzione delle funzioni su diversi livelli di governo e risentono del più generale processo di modifica dell'assetto organizzativo degli enti territoriali attualmente in corso in Italia. Le altre vicende si collegano alle specificità delle funzioni urbanistiche che, in ragione della loro interferenza con aspetti legati alla proprietà, si avvalgono naturalmente di diverse tecniche in grado di coinvolgere i privati nei processi decisionali pubblici attraverso specifici strumenti negoziali o particolari formule di partenariato. L'eccessiva frammentazione organizzativa e il crescente ricorso a modelli mutuati dal diritto privato condizionano inevitabilmente la composizione dei conflitti fra gli interessi in gioco, dimostrando che il vero limite delle funzioni urbanistiche risiede nella disponibilità di risorse economiche.

Abstract (en): Urban-planning functions tend to produce a series of problems that affect both the relations of the public sphere internally and those that arise between the public and private sectors. The former are due to the distribution of the functions among different levels of government and are affected by the more general process of reformation of the organisational structure of local authorities, currently underway in Italy. The other type of problems are connected to the specific features of urban functions which, due to their interference with aspects related to private ownership, naturally make use of different techniques capable of involving individuals in public decision-making processes through specific negotiation instruments or particular partnership formulas. The excessive organisational fragmentation and the growing use of models borrowed from private law inevitably condition the composition of conflicts between interests at stake, showing that the real limit of urban functions lies in the availability of economic resources.

SOMMARIO: 1. Sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale nella disciplina delle funzioni urbanistiche. - **2.** L'urbanistica fra competenze legislative e funzioni amministrative. - **3.** L'urbanistica contrattata e il modello della società di trasformazione urbana. - **4.** Tentativi di riforma fra ripensamenti della geografia istituzionale, progetti di disciplina del "governo del territorio" e riforme costituzionali. - **5.** L'urbanistica fra sostenibilità organizzativa ed economica.

^{*}Professore aggregato presso l'Università della Calabria, è autore dei paragrafi 1, 3, 5.

^{**} Dottore di ricerca in Diritto pubblico, urbanistico e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Firenze, è autore dei paragrafi 2 e 4.

AMBIENTEDIRITTO

1. Sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale nella disciplina delle funzioni urbanistiche.

Le dinamiche degli interessi che caratterizzano il rapporto fra amministrazioni pubbliche sono, solitamente, diverse da quelle che si sviluppano fra il settore pubblico e quello privato¹.

Ciò emerge, in particolar modo, nel settore urbanistico, all'interno del quale le complesse relazioni che si instaurano fra una pluralità di interessi pubblici sono chiamate a convivere con una serie di interessi privati che, essendo in vario modo connessi al diritto di proprietà (e dunque molto spesso alla pura logica lucrativa), tendono a produrre tensioni non prive di condizionamenti di matrice ideologica². Nell'ordinamento italiano, almeno sotto un profilo nominalistico, entrambi i rapporti (tra interessi pubblici e tra interessi pubblici e interessi privati) sono retti da un unico filo conduttore rappresentato dal principio di sussidiarietà che, già prima della riforma attuata con legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, con cui tale principio è stato recepito all'art. 118 della Costituzione nella sua duplice dimensione verticale e orizzontale, emergeva chiaramente dalla impostazione generale della legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150³. Com'è noto, si tratta di un principio che, rivolgendosi direttamente ai pubblici poteri, opera quale principale criterio ordinatore per la distribuzione e la disciplina delle funzioni di interesse generale relative al corretto utilizzo del territorio⁴. Tale principio, nella sua prima accezione, impone infatti di attribuire le funzioni amministrative al livello più vicino ai cittadini, salvo vi siano esigenze che necessitino di un approccio unitario (art. 118, comma 1, Cost.). Nella sua prospettiva orizzontale, invece, ha l'obiettivo di assicurare il coinvolgimento dei privati, singoli o associati, nelle attività di interesse generale (art. 118, comma 4, Cost.)⁵.

Sebbene appaia evidente che i due profili esprimano logiche diverse⁶, l'analisi congiunta degli istituti che dei medesimi sono espressione, oltre che rispondere alla peculiare indicazione costituzionale, almeno in ambito urbanistico, è giustificabile dalla

¹ Si tratta di quella possibile combinazione tra interessi pubblici e privati nella quale la commistione tra aspetti appartenenti all'uno o all'altro settore impone una rigorosa scomposizione della fattispecie onde evitare di ridurre tutto all'uno o tutto all'altro, così sopprimendone specificità e interessi sottesi e v., sul punto, S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, in particolare, nn. 37 e 38.

² Le interrelazioni tra diritto urbanistico e profili conformativi della proprietà nella prima scienza urbanistica sono sottolineate da P. URBANI, voce *Urbanistica (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, n. 1.

³ Occorre precisare che tale emersione era limitata alla sua dimensione verticale, quella del rapporto tra i pubblici poteri, necessaria, connaturata alla disciplina del corretto uso e sviluppo del territorio che si estrinseca nella previsione di molteplici piani di ambito superiore a quello tradizionale di competenza comunale.

⁴ Nozione questa, come vedremo, a sua volta scomponibile in una molteplicità di interessi pubblici, primo tra tutti quello ambientale.

⁵ F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, p. 3 ss. nota come la disposizione costituzionale, aprendo l'ordinamento alle forme di autorganizzazione sociale (protette in fin dei conti già dall'art. 2 Cost.), faccia venir meno «l'assetto bipolare classico del diritto pubblico, fondato sulla contrapposizione tra soggetti pubblici/interessi pubblici e soggetti privati/interessi privati», in linea con quella generale tendenza "funzionale" che caratterizza il pensiero giuridico attuale.

⁶ «Si tratta di un principio a *double face*, suscettibile di applicazioni rispettose della democrazia e del pluralismo (...) ma anche di quelle inverse; presuppone, in fondo, un rapporto di superiorità che può legittimare poteri sostitutivi», nota G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, p. 101. E infatti, la sussidiarietà, in quanto strumento di allocazione delle funzioni amministrative confonde, da un lato, la questione della ripartizione di tali funzioni tra gli enti territoriali e, dall'altro, quella svolgimento di tali funzioni da parte delle formazioni sociali e dei singoli.

AMBIENTEDIRITTO

comune esigenza da cui muove la disciplina di settore. In entrambi i casi, le soluzioni istituzionali predisposte dall'ordinamento sono condizionate dal primario obiettivo di assicurare tecniche di composizione fra gli interessi che siano in grado di ridurre la conflittualità di un settore che, in misura maggiore di altri, soffre di specifici momenti di contrasto⁷, rinvenibili tanto nei rapporti interni alla sfera pubblica quanto in quelli che si instaurano fra quest'ultima e i privati. Secondo questa prospettiva d'analisi, dapprima, verranno esaminati i rapporti che si instaurano fra le pubbliche amministrazioni che, riproponendo il problema della distribuzione delle competenze, legislative e amministrative, sintetizzano una delle più classiche problematiche dell'organizzazione pubblica. Successivamente, ci si concentrerà sui rapporti fra pubblico e privato che, in ragione del progressivo ingresso di moduli consensuali o di speciali formule di partenariato, sottendono una serie di questioni connesse alla negoziabilità del potere e che si intersecano in vario modo in quel necessario bilanciamento tra interessi che vede coinvolto lo stesso interesse pubblico, in ragione di potenziali condizionamenti di ordine economico e finanziario⁸.

Tutti i menzionati profili risentono di distinti processi di riforma istituzionale che, collocandosi a ridosso della crisi economica degli ultimi anni, sono inevitabilmente condizionati della medesima, rischiando così di produrre soluzioni tutt'altro che appaganti in relazione all'obiettivo di un razionale e armonico sviluppo del territorio.

2. L'urbanistica fra competenze legislative e funzioni amministrative.

Le scelte allocative delle competenze non sono mai neutrali perché comportano delle ricadute sulle modalità di apprezzamento di determinati interessi, la cui composizione è evidentemente segnata dai rapporti di supremazia o soccombenza che sussistono fra gli enti a cui ne è rimessa la tutela⁹. Si tratta, in particolare, di rapporti che, soprattutto nell'ambito delle vicende urbanistiche, appaiono particolarmente problematici. Da un lato, gli interessi coinvolti assumono un rilievo differenziato in ragione del livello territoriale di riferimento e, pertanto, i modelli di *governance* che caratterizzano il settore tendono naturalmente a rappresentare delle relazioni complesse tra i diversi interessi in gioco. Dall'altro, e inoltre, i predetti rapporti, almeno nell'ordinamento italiano, risentono di un più ampio processo di riforma iniziato con la legge costituzionale n.

⁷ Nota in maniera cristallina P. URBANI, voce *Urbanistica (dir. amm.)*, cit., n. 1 che «il tema degli assetti territoriali assume rilevanza propriamente giuridica solo nel momento in cui il contrapporsi degli interessi impone da parte dei pubblici poteri meccanismi regolatori degli usi del territorio attraverso la produzione di norme giuridiche di disciplina delle varie azioni e iniziative private, in rapporto agli interessi generali che si intendono tutelare».

⁸ L'inesistenza di interessi necessariamente preminenti e, dunque, di "diritti tiranni" è messa in luce da consolidata giurisprudenza costituzionale, e v., in particolare, Corte cost., n. 85 del 2013, secondo cui 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»: dunque anche l'interesse pubblico, al pari degli altri interessi pubblici e privati, necessita di un bilanciamento.

⁹ Il legame tra struttura dell'organizzazione e soddisfacimento degli interessi è sottolineato da M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 114 ss. e G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, p. 18 ss. Esso, inoltre, assume rilevanza in termini di strumentario a disposizione dell'ente deputato alla cura dell'interesse; esigenza che emerge, in particolare, in campo urbanistico, dove a ciascun livello di governo corrisponde uno specifico piano con contenuto diverso rispetto a quello superiore o inferiore. Non solo ma, ancora più a monte, è la stessa individuazione di una molteplicità di interessi pubblici che impone la creazione di ulteriori soggetti, che confondono il quadro istituzionale e, infine, gli strumenti a disposizione che non fanno altro che sommarsi.

3/2001 che, come accennato, ridisegnando integralmente Titolo V della Costituzione, ha alterato profondamente le relazioni fra Stato, Regioni ed enti locali¹⁰. Il sistema risultante dalla riforma, potenziando l'autonomia di ogni livello territoriale sub-statale, ha finito per incidere sulla stessa definizione delle competenze legislative, ma non ha saputo offrire un chiaro punto di equilibrio fra le esigenze di differenziazione e le istanze unitarie comunque presenti in ogni modello ispirato da una logica federale. La materia urbanistica, che nel previgente sistema costituiva una delle principali competenze regionali, non ha trovato una esplicita collocazione istituzionale nel nuovo Titolo V della Costituzione. L'art. 117 Cost., infatti, distribuendo le funzioni legislative fra Stato e Regioni, ha preferito fare riferimento alla nozione di "governo del territorio"11. La materia è stata così assegnata alla competenza concorrente fra Stato e Regioni, di modo che, a norma dell'art. 117, comma 3, Cost., il primo sia chiamato a dettarne i principi fondamentali, mentre le seconde dispongano della potestà legislativa sulla fissazione della disciplina di dettaglio. Sebbene sia la dottrina che la giurisprudenza si siano affrettate a chiarire che la nuova materia debba ritenersi necessariamente comprensiva dell'urbanistica, l'esatta delimitazione della relativa disciplina è apparsa tutt'altro che agevole. Nonostante le modifiche apportate dal testo costituzionale, il legislatore statale, non è mai intervenuto per disciplinare organicamente la materia, derivandone con ciò che, ancora oggi, gran parte dei principi generali sulla materia del governo territorio debbano essere desunti interpretativamente dalle disposizioni della antica legge n. 1150/1942 che, pur essendo ancora in vigore, non copre l'area della predetta competenza concorrente, in quanto è espressamente rivolta all'urbanistica. La definizione del contenuto della materia risente, inoltre, delle ulteriori materie espressamente assegnate alla competenza esclusiva dello Stato o a quella concorrente fra Stato e regioni. Infatti, tanto l'urbanistica quanto, più in generale, il governo del territorio interferiscono naturalmente con materie quali la tutela dell'ambiente e la tutela della concorrenza, riservate al legislatore statale¹², e altre, assegnate alla competenza concorrente, quali ad esempio, le grandi reti di trasporto e di navigazione, ovvero, la disciplina di porti e aeroporti. Ma ciò che interessa è che incertezze del genere si riflettono inevitabilmente sulla distribuzione delle funzioni amministrative, in quanto le relative scelte spettano allo Stato o alle regioni secondo le

¹⁰ Sul dibattito che è sorto in seguito alla riforma costituzionale, v., quanto alla dottrina dedicata ai profili urbanistici, in particolare, V. CERULLI IRELLI, *Il governo del territorio nel nuovo assetto costituzionale*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio, Atti del VI Convegno Nazionale AIDU*, Pescara 29-30 novembre 2002, Milano, 2003, p. 499 ss. e P.L. PORTALURI, *La civiltà della conversazione nel governo del territorio*, ibidem, p. 397 ss.; più in generale, v. G. BERTI e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma, 2002 e P. CARETTI, *Una seconda riforma peggiore della prima: note e critiche sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, n. 4, 775 ss.

¹¹ Sul punto, P. STELLA RICHTER, *Costituzione nuova e problemi urbanistici vecchi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 387, ss.; P. MANTINI, *Contributo allo studio del governo liberale e nazionale del territorio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, p. 157

P. MANTINI, Contributo allo studio del governo liberale e nazionale del territorio, in Riv. giur. edilizia, 2014, p. 157 ss. Più di recente, in relazione alle interferenze con il diritto dell'ambiente, v. M. MENGOZZI, Il "Governo del territorio" e la sua intersezione strutturale con la "tutela dell'ambiente": linee di continuità e di evoluzione, su www.federalismi.it.

¹² Si pensi ai c.d. livelli essenziali delle prestazioni (L.e.p.), la cui tutela consente non solo una normazione primaria statale che coinvolga competenze attribuite alle Regioni, ma anche, ai sensi dell'art. 120, comma 2, della Costituzione l'utilizzo di poteri sostitutivi da parte dello Stato. Ma ancora prima della riforma del titolo V, o ancora anche a seguito della medesima e in deroga al riparto ivi previsto, già le materie riferibili alla tutela ambientale e alla tutela paesaggistica consentivano una "centralizzazione" delle competenze in capo allo Stato e v. recentemente Corte cost. n. 64 del 2015, 210 del 2016 o, da ultimo, 86 del 2019.

AMBIENTEDIRITTO

rispettive competenze¹³. Come già anticipato, secondo l'art. 118 della Costituzione «le funzioni amministrative sono assegnate al Comune, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato». Si tratta di un criterio ambiguo perché, se, da un lato, sembra esprimere una preferenza per il livello territoriale più basso, dall'altro, presuppone una posizione di supremazia che, in alcuni casi, può legittimare dei poteri di carattere sostitutivo¹⁴.

Così la disciplina di riferimento ha finito per assegnare un ruolo centrale al Comune che, attraverso l'elaborazione del Piano regolatore generale, assume il ruolo di protagonista assoluto delle vicende urbanistiche. Ma, al contempo, sulle competenze comunali si innestano una serie di poteri dei livelli di governo superiori in modo che lo stesso Piano regolatore sia assoggettato a obblighi di coordinamento con i piani provinciali, ad approvazione regionale e ad altri poteri attribuiti ad una pluralità di ministeri.

Ogni ente territoriale risulta quindi titolare di una specifica porzione di competenze, circostanza che non fa altro che alimentare i conflitti. Le contrapposizioni, poi, non sono apprezzabili unicamente in una logica verticale, ma si ripropongono a livello orizzontale tra le stesse istituzioni appartenenti al medesimo livello territoriale. Così, le funzioni rimesse allo Stato sono a loro volta suddivise fra il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, titolare di funzioni trasformative¹⁵, il Ministero dell'ambiente, a cui spettano funzioni di stampo conservativo¹⁶, e il Ministero per i beni culturali che è titolare sia di funzioni conservative che di altri poteri¹⁷. Ma le suddette problematiche organizzative che sono amplificate da un ulteriore fattore di complicazione. Le funzioni urbanistiche, infatti, sono chiamate a convivere con una pluralità di strumenti pianificatori predisposti dal legislatore per la tutela di interessi diversi e complementari rispetto al razionale uso del territorio, prevalentemente di matrice ambientale¹⁸. Alle funzioni di pianificazione urbanistica, che peraltro sono

¹³ Sul punto, C. NAPOLI, Le funzioni amministrative nel titolo V della Costituzione. Contributo allo studio dell'art. 118, primo e secondo comma, Torino, 2011.

¹⁴ L'esistenza di poteri sostitutivi che possano trovare il proprio fondamento nel principio di sussidiarietà, del resto, è stata rapidamente riconosciuta dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 43/2004, ne ha teorizzato l'applicazione proprio rispetto a vicende che coinvolgevano poteri connessi all'urbanistica.

¹⁵ L'articolo 42 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, stabilisce che «Il ministero svolge in particolare le funzioni e i compiti di spettanza statale nelle seguenti aree funzionali: a) programmazione, finanziamento, realizzazione e gestione delle reti infrastrutturali di interesse nazionale, ivi comprese le reti elettriche, idrauliche e acquedottistiche, e delle altre opere pubbliche di competenza dello Stato, ad eccezione di quelle in materia di difesa; qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; costruzioni nelle zone sismiche; integrazione modale fra i sistemi di trasporto; b) edilizia residenziale; aree urbane; c) navigazione e trasporto marittimo; vigilanza sui porti; demanio marittimo; sicurezza della navigazione e trasporto nelle acque interne; programmazione, previa intesa con le regioni interessate, del sistema idroviario padano-veneto; aviazione civile e trasporto aereo; d) trasporto terrestre, circolazione dei veicoli e sicurezza dei trasporti terrestre». Su tali aree funzionali, inoltre, il ministero svolge «funzioni e compiti di monitoraggio, controllo e vigilanza [...]».

¹⁶ Elencate all'articolo 2 della Legge 8 luglio 1986, n. 349, e successive modifiche.

¹⁷ Si tratta del Ministero oggetto delle più varie e disparate riforme organizzative e funzionali, e v. da ultimo, il D.P.C.M. 19 giugno 2019, n. 76.

¹⁸ Ciò in considerazione della peculiare natura del bene giuridico "ambiente", inteso come vera e propria materia dal legislatore, che all'art. 117, comma 2, lett. s) ne affida la potestà normativa allo Stato, ma anche come "valore", dunque trasversale, capace di incidere sulla regolazione di ogni altra materia e v., sul punto, S. GRASSI, voce *Tutela dell'ambiente (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 2007. Il punto, in tema di relazione tra diritto ambientale e urbanistica è che «l'emergenza ambientale è sicuramente causata da una mancata regolazione delle attività economiche sul territorio», ma tale regolazione non rientra nelle finalità dell'urbanistica, cfr. P. URBANI, voce

sottoposte alla disciplina generale della Valutazione ambientale strategica (VAS), si aggiungono gli ulteriori strumenti di pianificazione rivolti alla tutela del paesaggio, dell'assetto idrogeologico e dei parchi, le quali fanno capo ad organismi diversi¹⁹.

Così, l'adozione del piano paesaggistico è rimesso alle Regioni con l'eventuale partecipazione del Ministero per i beni e le attività culturali, mentre gli altri strumenti pianificatori spettano rispettivamente alle Autorità di bacino distrettuale e agli Enti parco e, potendo coinvolgere integralmente o parzialmente anche aree che insistono su diverse province e regioni, presentano una dimensione territoriale non corrispondente all'ordinaria geografia istituzionale²⁰. Ognuno di tali organismi, sulla base di autonomi titoli di legittimazione è chiamato ad adottare dei propri strumenti pianificatori che, per espressa indicazione delle relative discipline di settore, prevalgono sulle determinazioni contenute nel Piano regolatore generale. Tuttavia, i rapporti fra i vari strumenti di pianificazione non sembrano inquadrabili secondo una logica strettamente gerarchica, in quanto prevalgono sulla sola pianificazione urbanistica di origine comunale.

Trattandosi di atti predisposti per la tutela di interessi diversi, i rapporti che li caratterizzano dovrebbero essere retti dal criterio della competenza e, pertanto, almeno in linea teorica, gli stessi non dovrebbero interferire. Tuttavia, la compresenza di distinti momenti pianificatori determina delle inevitabili sovrapposizioni che l'ordinamento ha cercato di limitare con specifici strumenti di coordinamento. L'art. 20 del Testo Unico degli enti locali (d.lgs. n. 267/00) rimette tale compito alle Province che sono chiamate all'adozione di appositi Piani di coordinamento provinciale²¹. Tuttavia, lo strumento, essendo privo di un'autonoma capacità conformativa del territorio, è assolutamente inefficace e, quand'anche venga effettivamente utilizzato, si limita, così come richiesto dalla norma, a recepire le indicazioni eteronome provenienti dagli altri piani. Inoltre, l'assenza di chiari principi desumibili dalla legislazione statale ha favorito l'emersione delle più disparate discipline regionali che possono alternativamente valorizzare o minimizzare il ruolo di altri enti.

Le soluzioni adottate per ovviare alla frammentazione organizzativa ed assicurare, quindi, un minimo di governabilità del settore, sono state molteplici. Così, talvolta, sono stati incrementati gli strumenti di semplificazione procedimentale; in altri casi, si è cercato di favorire la collaborazione fra le amministrazioni attraverso la predisposizione di moduli consensuali; mentre, in altri casi ancora, si è agito direttamente sull'organizzazione, rimettendo i processi decisionali ad organismi collegiali in grado di raccordare i vari interessi sia in senso orizzontale che in senso verticale. Ognuno degli strumenti, tuttavia, presenta degli innegabili limiti.

Urbanistica (dir. amm.), cit., n. 2.

¹⁹ Sul punto, v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La dinamica degli interessi nella pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. Edilizia*, 1992; ID., *Governo del territorio e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 220 ss.; P.L. PORTALURI, *L'ambiente e i piani urbanistici*, ivi, p. 237 ss.

²⁰ Per approfondimenti, G.D. COMPORTI, voce *Piani paesaggistici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2012.

²¹ Il suddetto articolo dispone, infatti, che *«la provincia: a) raccoglie e coordina le proposte avanzate dai comuni, ai fini della programmazione economica, territoriale ed ambientale della regione»* e che *«ferme restando le competenze dei comuni ed in attuazione della legislazione e dei programmi regionali, predispone ed adotta il piano territoriale di coordinamento che determina gli indirizzi generali di assetto del territorio»*. Come si vedrà *infra* le stesse problematiche caratterizzano oggi, oltre le province medesime, anche le Città Metropolitane. Per la verità la stessa legge urbanistica prevedeva piani territoriali di coordinamento, all'art. 5, con lo scopo di *«*orientare e coordinare l'attività urbanistica da svolgere in determinate parti del territorio nazionale» e l'obiettivo di individuare zone da riservare a speciali destinazioni, località da scegliere come nuovi nuclei edilizi, e le principali vie di comunicazione.

Infatti, nel primo caso, istituti quali la conferenza di servizi, le autorizzazioni uniche o i modelli di segnalazione certificata di inizio attività, agendo sulla sola complessità procedimentale, non possono produrre delle soluzioni soddisfacenti, perché si concentrano sugli effetti di un fenomeno, disinteressandosi della sua causa che è evidentemente organizzativa. Analoghe considerazioni valgono per i tentativi volti ad agevolare la stipula di accordi fra le amministrazioni pubbliche; facoltà, questa, che, oltre ad essere riconosciuta in termini generali dall'art. 15 della legge n. 241 del 1990 (legge sul procedimento), è esplicitamente confermata dal Testo unico sugli enti locali che, all'art. 34, disciplina i c.d. accordi di programma²². L'efficacia di strumenti del genere, che sono comunque inidonei a risolvere problemi di rango organizzativo, è subordinata ad un incontro fra le volontà espresse fra i rappresentanti dei vari enti territoriali e, oltre ad essere sottoposta ad una disciplina particolarmente complessa, presuppone che i vari contrasti siano componibili secondo una logica consensualistica.

Paradossalmente, le soluzioni più efficaci sono quelle che cercano di risolvere i problemi della frammentazione organizzativa ricorrendo a ulteriori amministrazioni che, pur attestando che la questione si pone su un piano prevalentemente organizzativo, non fanno altro che infoltire il numero degli organismi titolari di specifiche funzioni. Non mancano, infatti, ipotesi in cui la normativa statale abbia rimesso determinate scelte al Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), che dovrebbe assicurare un raccordo orizzontale fra i vari interessi in gioco, o alle Conferenze permanenti fra lo Stato e gli altri enti territoriali, preordinate alla composizione degli interessi secondo una logica verticale. Tuttavia, l'intervento dei predetti organismi è confinato a ipotesi particolari²³. Le problematiche del settore, înfatti, tendono ad essere percepite in tutta la loro essenza solo al cospetto delle vicende che riguardano la realizzazione delle infrastrutture strategiche, in cui più viva è la contrapposizione fra gli interessi generali e quelli locali. I conflitti fra il livello centrale e quello periferico, in questi casi, appaiono difficilmente superabili perché ai benefici diffusi su tutto il territorio nazionale che si collegano alla realizzazione di determinate infrastrutture corrispondono dei costi sociali ben localizzati all'interno di un determinato territorio²⁴. La tenuta del sistema è stata assicurata solo grazie all'intervento della Corte costituzionale che, offrendo una particolare lettura del principio di sussidiarietà verticale, ha ammesso che, in presenza di esigenze unitarie, lo Stato possa attrarre a sé sia le funzioni amministrative sia le corrispondenti funzioni legislative di livello regionale²⁵. In questo modo, la sussidiarietà verticale, da principio

²² Sul punto, per tutti, v. R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993.

²³ Aventi solitamente carattere emergenziale, cfr. da ultimo la Delibera Cipe, 24 luglio 2019 contenente il Piano nazionale per la mitigazione del rischio idrogeologico, il ripristino e la tutela della risorsa ambientale, nonché approvazione del piano stralcio relativo agli interventi immediatamente cantierabili.

²⁴ Tali fenomeni, che presentano significative assonanze con la c.d. sindrome di *Nimby*, vengono tradotti in ambito istituzionale con la formula *Nimto* (*Not in My Term of Office*) che evoca efficacemente le problematiche della vicenda. Per ovviare a tali questioni, gli studi di carattere generale esprimono una tendenza a privilegiare l'ente territoriale la cui sfera di intervento si attagli all'estensione degli effetti dei provvedimenti da assumere nell'esercizio della funzione in gioco. Si tratta di un'opzione più che ragionevole perché tende a creare una certa corrispondenza fra l'ambito territoriale dell'intervento e l'ente chiamato ad assumere la decisione, rendendo più agevole la definizione delle responsabilità e le ricadute politiche delle stesse. Sul punto, v. G. BROSIO, *Economia e finanza pubblica*, Roma, 1995, p. 379 ss.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 303/2003, con nota di S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, p. 578 ss. e di A. D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, p. 2776 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

volto alla tutela delle autonomie locali, si è tramutata in un correttivo dell'organizzazione pubblica che opera principalmente a beneficio del livello territoriale statale. Si tratta dell'unica soluzione che è effettivamente in grado di supplire all'inadeguatezza delle scelte allocative delle competenze che derivano, in primo luogo, dallo stesso Titolo V della Costituzione. Tuttavia, in ragione degli stringenti limiti che sono stati individuati dalla stessa Corte costituzionale²⁶, l'attrazione in sussidiarietà delle competenze è destinata ad operare per far fronte a situazioni patologiche e non può essere inteso come strumento ordinario per la risoluzione dei conflitti.

3. L'urbanistica contrattata. In particolare, il modello della società di trasformazione urbana.

Quando alle ragioni del pubblico si contrappongono le aspettative economiche del privato, i conflitti che si registrano in ambito urbanistico sembrano assumere una consistenza assai diversa. Per questo motivo, alla determinazione unilaterale delle scelte si sono progressivamente affiancati dei processi decisionali che, fondandosi su una trasposizione del modello consensualistico in ambito pubblicistico, tendono a produrre delle soluzioni condivise con i singoli e, per questo, più facilmente accettabili. Ben prima che l'art. 11 della legge 241/1990 sul procedimento amministrativo disciplinasse espressamente la possibilità di ricorrere ad accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento, la disciplina di settore aveva introdotto vari modelli di convenzioni urbanistiche²⁷.

L'assenza di ulteriori indicazioni di ordine generale ha lasciato sufficiente spazio alla creatività degli enti locali. Non deve dunque stupire se il settore sia divenuto l'ambito privilegiato in cui sono state sperimentate le più svariate forme di collaborazione fra pubblico e privato poi esportate anche in altri settori dell'ordinamento.

Oggi, che a norma dell'art. 118, quarto comma, della Costituzione il coinvolgimento dei privati, singoli o associati, all'esercizio delle attività di interesse generale costituisce oggetto di una specifica indicazione costituzionale, sono rientrate gran parte delle perplessità connesse all'utilizzo degli strumenti fondati sulla logica del consenso.

Il diritto privato si è prepotentemente insinuato nelle modalità operative dei pubblici poteri e il binomio interessi pubblici-potere pubblico si è progressivamente logorato in favore di un sistema che si mostra sostanzialmente indifferente alla natura dello strumentario utilizzato²⁸.

²⁶ Considerandosi, in particolare, legittima la deroga alla attribuzione delle competenze legislative solo «se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata», così Corte cost. 303/2003. Sul punto G. SCACCIA, *Presupposti per l'attrazione in via sussidiaria della funzione legislativa ed esercizio della funzione regolamentare*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1251 ss.

²⁷ Sul punto, v. M. NIGRO, Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali in Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati (a cura di M. COSTANTINO), Milano 1978; V. MAZZARELLI, Convenzioni urbanistiche, Bologna, 1979;, p. 45; M.A. QUAGLIA, Convenzioni urbanistiche e lavori pubblici, Torino, 2009.

²⁸ Per tutti, v. F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, p. 649 ss., il quale, descrivendo il fenomeno in termini di «fuga nel diritto privato», rileva peraltro come il relativo processo sia entrato in collisione proprio con l'approccio funzionale offerto dall'ordinamento comunitario. Per tali profili, più ampiamente, del medesimo autore, v. *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 11 ss.

In ambito urbanistico, il coinvolgimento dei privati può realizzarsi secondo modelli ed intensità assai diverse: talvolta si sostanzia in un semplice potere di porre osservazioni al piano regolatore; in altri casi, presuppone procedimenti in contraddittorio; ma, in ulteriori ipotesi, può spingersi sino a prevedere delle vere e proprie forme di accordi che, a loro volta, possono innestarsi su ognuna delle fasi pubblicistiche. Per questo motivo si parla sempre più frequentemente di urbanistica contrattata o consensuale²⁹, giacché le relative funzioni possono essere condizionate dall'intervento di una pluralità di accordi che interessano tanto la fase esecutiva delle relative scelte, quanto la loro stessa determinazione in ambito pianificatorio³⁰. Si tratta di un fenomeno che trova la sua maggiore espressione all'interno del contesto urbano³¹, dove la tradizionale visione del diritto urbanistico come strumento di conformazione della proprietà privata sembra aver lasciato il posto a una vera e propria «scienza globale di governo dell'uomo»³². Ovviamente, il fenomeno tende a produrre delle problematiche differenziate in ragione della collocazione temporale e funzionale dell'accordo. Infatti, quando l'accordo si realizza a monte delle scelte pianificatorie possono realizzarsi dei casi di codeterminazione del modo d'essere dell'interesse pubblico che, in una qualche misura, è destinato a recepire le aspettative del privato³³.

La questione sembra così rievocare tutte le problematiche relative alla compartecipazione dei privati all'esercizio delle pubbliche funzioni e, segnatamente, delle garanzie da porre a presidio della funzione stessa per evitare che possa essere compromesso l'interesse a questa immanente. Il privato, infatti, è disposto ad offrire la propria collaborazione per l'attività di interesse generale, solo quando a ciò corrisponda la soddisfazione di un proprio interesse, che il più delle volte è riconducibile ad una

²⁹ R. FERRARA, La programmazione negoziata fra pubblico e privato, in Dir. Amm., 1999, 444; A. CONTIERI, La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi, Napoli, 2000; P. URBANI, Urbanistica consensuale. La disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate, Bologna, 2000.

³⁰ Alcuni di questi strumenti sono, ad esempio, i programmi previsti dalla legge 17 febbraio 1992, n. 179, e precisamente: i programmi di riqualificazione urbana previsti dall'art. 2; i programmi di recupero urbano previsti dall'art. 13; i programmi integrati previsti dall'art. 16. Vi sono poi altre tipologie di accordi, come i contratti di quartiere previsti dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 22 ottobre 1997; i programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (p.r.u.s.s.t.), istituiti con decreto ministeriale 8 ottobre 1998; i programmi di riabilitazione urbana e i programmi di riordino delle reti di trasporto e di infrastrutture di servizio per la mobilità previsti dall'art. 27, legge n. 166 del 2002.

il tema della c.d. rigenerazione urbana, che ha visto il legislatore intervenire continuativamente. Si pensi all'art. 143, co. 3, lett. f) del d.lgs. n. 24/2004, ai sensi del quale il piano paesaggistico deve individuare gli interventi di recupero e riqualificazione delle aree significativamente compromesse e degradate o anche all'art. 3-bis, del T.U. Edilizia, introdotto dal d.l. 133 del 2014, per il quale, «lo strumento urbanistico individua gli edifici esistenti non più compatibili con gli indirizzi della pianificazione. In tal caso l'amministrazione comunale può favorire, in alternativa all'espropriazione, la riqualificazione delle aree attraverso forme di compensazione incidenti sull'area interessata e senza aumento della superficie coperta, rispondenti al pubblico interesse e comunque rispettose dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa». Sul punto, S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, Bologna, 2010; R. CAVALLO PERIN, *Beyond the municipality: the city, its rights and rities,* in *Italian J. of public law*, 2/2013; M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 787 ss.; F. GIGLIONI, *La città come ordinamento giuridico*, in *Ist. Fed.*, 2018; C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *federalismi.it*.

³² Così G.C. MENGOLI, Manuale di diritto urbanistico, Milano, 2014, p. 5.

³³ Per una ricostruzione delle problematiche connesse al fenomeno, v. P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995, p. 5 ss.

Д	MBIENTEDIRITTO

prospettiva puramente lucrativa³⁴. Alla natura patrimoniale degli interessi perseguiti, infatti, si collegano quei profili di disponibilità del consenso che, se ben si attagliano alla prospettiva privatistica, appaiono decisamente inconciliabili ove assumano rilievo interessi pubblici. Allo stato attuale, ritenere che le scelte pianificatorie possano essere adottate senza la consapevolezza delle potenzialità di risposta del tessuto economico e sociale è impensabile, in quanto ogni determinazione sullo stato del territorio, se non è supportata da una corrispondente azione dei privati, rischierebbe di restare lettera morta.

Tuttavia, ciò non toglie che fattispecie del genere siano le più problematiche perché segnano l'ingresso della logica del profitto nell'ambito di valutazioni che dovrebbero essere finalizzate alla tutela dell'interesse generale. Inoltre, il ricorso ai moduli consensuali, determinando un certo grado di subordinazione dell'interesse generale a quello particolare del singolo privato, pone evidenti problemi rispetto alla posizione dei terzi estranei all'accordo. Nel silenzio della disciplina statale, gli enti locali, spesso trovando conferma in alcune discipline regionali, hanno previsto l'ingresso di strumenti convenzionali nella stessa determinazione delle scelte pianificatorie.

Si tratta di un fenomeno che ha suscitato notevoli problematiche, giacché al riconoscimento della possibilità di stipulare accordi sostitutivi e integrativi del procedimento si contrappone la disciplina contenuta nell'art. 13 della legge 241/1990 che esclude l'applicabilità dell'art. 11 rispetto all'«attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione».

Sebbene, grazie agli sforzi della dottrina, l'ammissibilità di tali accordi possa ritenersi ormai riconosciuta, fattispecie del genere continuano a destare perplessità, almeno sotto il profilo della disponibilità del consenso rispetto alle prospettive di tutela di un interesse pubblico che, in ragione del grado di coinvolgimento dell'interesse privato, rischia di piegarsi a ragioni strettamente economiche. Problematiche non dissimili si presentano anche qualora gli strumenti convenzionali intervengano nella fase attuativa delle relative scelte, come avviene nel caso delle c.d. convenzioni urbanistiche³⁵. In queste fattispecie, l'interesse pubblico relativo alla realizzazione di determinati interventi di urbanizzazione o di alcune infrastrutture viene assicurato dall'intervento dei privati che sono remunerati con dei diritti edificatori, ossia con un bene immateriale che sorge per esplicita volontà dell'ente territoriale.

³⁴ Sul punto, *ex multis*, v. O. RANELLETI, *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, in *Riv. dir. pubb.*, 1909, I, p. 17, che, guardando il fenomeno dell'esercizio di pubblici poteri da parte dei privati, rilevava come, nella prospettiva di questi, la soddisfazione dell'interesse pubblico costituisca «unicamente un mezzo per conseguire il loro scopo primo, quale ad esempio, per le società di commercio, il lucro». Assai articolata era anche la posizione di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo italiano*, vol. II, Milano 1920, p. 651 ss. che, sempre indagando la natura giuridica degli enti, rilevava la necessità di tener distinta la posizione di coloro che esercitano una pubblica funzione o un servizio pubblico «per un proprio interesse, e quella di coloro che esercitano una simile funzione o un simile servizio esclusivamente per l'interesse che alla funzione o al servizio corrisponde», rilevando come sia «naturale che il privato che esercita funzioni pubbliche in suo nome (...) faccia ciò mosso da un interesse suo». Si tratta, del resto, di vicende che, catalizzando l'attenzione di tutti i Maestri delle discipline giuridiche, hanno determinato un'imponente produzione scientifica di cui non è possibile dar conto in tale sede. Per una recente ricostruzione delle posizioni della dottrina con riferimento specifico al coinvolgimento dei privati per l'esercizio di pubbliche funzioni, v. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, a cui si rinvia per gli ampi riferimenti bibliografici.

³⁵ M.A. QUAGLIA, *Urbanistica consensuale*, in F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, I, p. 634 ss.

AMBIENTEDIRITTO

Fenomeni del genere sollevano un duplice livello di questioni.

Il primo attiene all'individuazione di tecniche che siano in grado di quantificare il valore delle opere realizzate dal privato in rapporto tanto al grado di soddisfazione dell'interesse pubblico che questi ha contribuito a realizzare quanto al corrispettivo di diritti edificatori allo stesso spettanti. In questi casi, infatti, si realizza una forma di monetizzazione dell'interesse pubblico che, rispondendo a criteri altamente discrezionali, presenta l'inevitabile rischio di abusi.

Il secondo è una conseguenza del primo e rileva prevalentemente in rapporto alla disciplina europea in ragione delle regole della concorrenza che dovrebbero presiedere la scelta del contraente per la realizzazione di opere pubbliche³⁶. Infatti, almeno di norma, gli accordi tendono ad interessare privati ben individuabili in ragione della collocazione territoriale degli immobili dagli stessi posseduti. La posizione di specificità rivestita dal singolo privato può però essere artificialmente indotta per determinare un'elusione della disciplina che impone la selezione concorsuale del contraente. Si tratta chiaramente di un problema che ha finito per interessare le stesse istituzioni europee e che, nell'ordinamento italiano, ha condotto all'adozione di discipline particolarmente restrittive³⁷. Problematiche ancor più articolate si riscontrano rispetto alle soluzioni organizzative predisposte dall'ordinamento per la realizzazione degli interventi urbanistici.

Il modello più rilevante è chiaramente quello delle società di trasformazione urbana³⁸, la cui disciplina è inserita nello stesso Testo unico degli enti locali³⁹.

³⁶ Sul tema, G. Befani, La realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione tra vincoli di bilancio, semplificazione amministrativa e obblighi di evidenza pubblica, in Riv. giur. ed., 2018, p. 497 ss.

³⁷ Sul punto, v. Corte di Giustizia Ce, sez. IV, 12 luglio 2001, in causa C-399/98. Per un'analisi sull'interferenza della disciplina urbanistica con le regole concorsuali, condotta anche alla luce dei più recenti interventi normativi, per tutti, v. A. MALTONI - S. DI LENA, *Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi*, in *Riv. giur. urb.*, 2, 2014, 223 ss.

³⁸ Sull'argomento, ex multis, v. M. DUGATO, Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana, in Dir. amm., 1999, p. 511 ss.; C. VITALE, Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell'urbanistica per progetti, in Dir. Amm., 2004, 3, 591; M. C. D'ARIENZO, La società di trasformazione urbana: uno strumento ordinario di governo del territorio fondato sulla stabile collaborazione tra P.A. ed imprenditori privati, in Riv. giur. Edil., 2006, 205; F. GAMBARDELLA, Le società di trasformazione urbana, in F. LIGUORI, I servizi pubblici locali, 2007, p. 263 ss. G. GUZZARDO, Urbanistica consensuale e società di trasformazione urbana, in Rivista giuridica dell'edilizia, 1-2007, 3 ss.; G. PIPERATA, Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane, in Urbanistica e appalti, 2011, 508; G. GUZZO, Società miste di trasformazione urbana e problemi di inquadramento costituzionale della disciplina, in Appalti e contratti, 5-2012, 51.

³⁹ Il ricorso al modello delle società di trasformazione urbana, peraltro, sembra porre un qualche problema di coordinamento con la disciplina adottata con il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica adottato con il d.lgs. n. 175/2016. Infatti, la disciplina di riferimento, introducendo significative limitazioni al possibile utilizzo dello strumento societario da parte dei pubblici poteri, introduce all'art. 4, comma 2, contempla specifiche deroghe alla portata restrittiva della norma e, sebbene al suo interno non siano espressamente richiamate le STU, parte della dottrina, ritenendo che la disciplina non abbia inciso sulle norme speciali non espressamente abrogate dal T.U., ritiene che il modello sia ancora fruibile da parte degli enti locali. Sul punto, v. A. POLICE – S. LUCATTINI, *Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e gestione di partecipazioni pubbliche*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano 2018; M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo Unico sulle società a partecipazione* pubblica, in (a cura di) V. CERULLI IRELLI – M. LIBERTINI, *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, 2019, 52. Sul carattere non tassativo delle deroghe contemplate dall'art. 4 del T.U., v. anche V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 99 ss. e, più in generale, sulla portata della norma, sia consentito un rinvio a G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, 71 ss.

AMBIENTEDIRITTO

L'art. 120 del TUEL, infatti, prevede che «le città metropolitane e i comuni, anche con la partecipazione della provincia e della regione, possono costituire società per azioni per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti». Le predette società, per espressa indicazione della normativa, «provvedono alla preventiva acquisizione degli immobili interessati dall'intervento, alla trasformazione e alla commercializzazione degli stessi». Si tratta di una soluzione organizzativa che, pur potendo essere realizzata in via esclusiva dagli enti territoriali⁴⁰, è pensata per consentire delle formule di partenariato fra pubblico e privato che non dovrebbero suscitare particolari problematiche in ordine alla tutela della concorrenza, in quanto lo stesso art. 120 sancisce inequivocabilmente la necessaria selezione concorsuale del socio privato.

Tuttavia, il fenomeno può dar vita ad effetti ancor più paradossali.

Infatti, il problema, in questo caso, non rileva tanto in ragione dei benefici riconosciuti al socio privato, quanto, piuttosto, rispetto alla posizione dell'ente locale che, a norma dell'art. 120, deve assumere necessariamente la veste di socio. L'ente locale partecipa alle vicende economiche di una società che, pur essendo stata costituita per la realizzazione di un interesse pubblico, è finalizzata alla produzione di utili, secondo quanto dispone per tutte le società commerciali l'art. 2247 Codice civile.

Appare quindi sin troppo evidente che, in ragione della commistione di ruoli che vengono a sostanziarsi in capo all'ente locale, lo stesso sarà chiamato ad operare in una cronica posizione di conflitto di interessi⁴¹. Questi, infatti, da un lato, riveste il ruolo di regolatore che pianifica e determina l'interesse pubblico sottostante alla realizzazione di determinati interventi e, dall'altro, assume la veste di operatore economico chiamato ad attuarli⁴². Soprattutto nell'attuale contesto economico-finanziario, una gestione coerente dei rispettivi ruoli dovrebbe suggerire di esercitare le funzioni pianificatore in corrispondenza dei successivi benefici economici connessi alla veste di attuatore dei

⁴⁰ Peraltro, le potenzialità del modello assumono una valenza differenziata in ragione del riconoscimento o meno della possibilità di consentire l'ingresso nella compagine sociale di soggetti pubblici diversi dai promotori. Sul punto, sussistono opinioni divergenti in dottrina: fra le posizioni favorevoli, v. P. URBANI, *Trasformazione urbana e società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. urban.*, 2000, 623, per i contrari, v. G. PAGLIARI, *Le società di trasformazione urbana*: prime note, in *Riv. giur. urban.*, 1998, 87 e M. BREGANZE, *Le società di trasformazione urbana: prime note*, in *Riv. giur. urban.*, 1997, 169. La questione sembra risentire delle limitazioni prescritte dal T.U. in materia di società a partecipazione pubblica, ove l'esigenza di giustificare le finalità perseguite a mezzo della partecipazione e gestione di partecipazioni pubbliche, sembra circoscrivere naturalmente la concreta fruibilità del modello ai soli soggetti espressamente contemplati nell'art. 120 del T.U.E.L.

⁴¹ Sulla contrapposizione fra i ruoli spettanti all'amministrazione nell'esercizio dei poteri alla stessa spettante nella veste di socio e di autorità e, più, in generale, sui potenziali conflitti connessi a tale duplice veste, sia consentito rinviare a G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., 174 ss.

⁴² Sebbene il ricorso alle società di trasformazione urbana sia limitato ai soli interventi conformi agli strumenti urbanistici vigenti (v. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 luglio 2009, n. 4348), lo strumento si presta ad essere utilizzato non solo per gli interventi di riqualificazione di abitato preesistente, ovvero di recupero di tessuto urbano degradato, ma anche per quelli consistenti nella progettazione e realizzazione di interi insediamenti urbani su aree inedificate. La disciplina di riferimento, chiarendo che si tratta di un strumento da utilizzare "in attuazione" riferito agli strumenti urbanistici vigenti, sembra sottintendere che lo stesso possa dare attuazione di dettaglio alle previsioni generali dello strumento urbanistico, secondo un approccio, almeno in parte, confermato anche dalla Circolare 11 dicembre 2000 n. 622 del Ministero dei Lavori Pubblici, che chiarisce che «è possibile ricondurre il termine "in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti" entro i confini interpretativi dei principi che sovrintendono alle finalità che perseguono una maggiore continuità tra le scelte di pianificazione territoriale e la componente attuativa conseguente all'attivazione delle trasformazioni urbanistiche, anche con riferimento agli aspetti gestionali». In dottrina, per tutti, v. G. Trapani, *Le società di trasformazione urbana*, in *Notariato*, 6/2015, 581

AMBIENTEDIRITTO	
 AMDIENTEDIMITIO	

relativi interventi. Soluzioni del genere offrono, pertanto, un'ulteriore occasione di condizionamento economico dell'interesse pubblico.

4. Tentativi di riforma fra ripensamenti della geografia istituzionale, progetti di disciplina del "governo del territorio" e riforme costituzionali.

Sebbene i problemi che affliggono il diritto urbanistico siano noti ormai da tempo ⁴³, è solo in tempi recenti che sembrano concretizzarsi delle significative iniziative volte ad una riforma del settore. Alcune di queste sono specificatamente rivolte alla disciplina del governo del territorio; altre tendono alla realizzazione di più ambiziosi obiettivi di ridefinizione della geografia istituzionale dell'amministrazione; altre ancora tentano, più a monte, una riforma delle competenze normative e amministrative a livello costituzionale come da più parti auspicato⁴⁴.

Tuttavia, le soluzioni proposte risentono del particolare contesto in cui sono maturati i relativi progetti e, focalizzandosi principalmente sull'obiettivo di contenimento della spesa pubblica, non sembrano poter condurre ad una concreta razionalizzazione delle competenze, né, tantomeno, appaiono in grado di arginare il rischio di un eccessivo appiattimento delle relative scelte sugli aspetti strettamente patrimoniali.

Ciò appare evidente nelle discipline volte all'accorpamento degli enti e delle loro funzioni. Si tratta di un fenomeno che non è certamente nuovo⁴⁵, in quanto su tali basi si

⁴³ Già chiaramente espressi, ad es., da P. URBANI, voce *Urbanistica (dir. amm.)*, cit., n. 2.

⁴⁴ Com'è noto, l'ultima proposta di riforma del testo costituzionale è fallita con l'esito negativo del referendum del 4 dicembre 2016. Si proponeva, per quanto di interesse, la soppressione delle materie di legislazione concorrente tra Stato e regioni, che sarebbero state redistribuite tra Stato e regioni ma, in maniera del tutto singolare, si prevedeva, in materia di tutela della salute, di governo del territorio, attività culturali e beni culturali, attualmente appartenente alle materie di legislazione concorrente, che lo Stato potesse dettare "disposizioni generali e comuni", non modificando poi di molto la situazione normativa.

⁴⁵ Le prime formule di associazionismo fra enti territoriali che si sono sviluppate nell'ordinamento locale sono infatti assai risalenti e trovavano il proprio fondamento normativo nell'ambito della disciplina originariamente introdotta dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato "A", che contemplava il ricorso a diverse formule consortili. La relativa disciplina ha trovato conferma nei successivi interventi normativi dedicati agli enti locali. Sul fenomeno, v. L. VANDELLI (a cura di), *Le forme associative fra enti territoriali*, Milano, 1992 e anche v. P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, 2011.

AMBIENTEDIRITTO

fondano numerosi interventi normativi⁴⁶, non sempre riusciti⁴⁷, che, nell'intento di realizzare economie di scala, hanno da tempo contemplato la possibilità di dar vita a varie forme di associazionismo fra gli enti locali per l'esercizio congiunto delle funzioni agli stessi attribuite⁴⁸.

Nell'ottica di un disegno complessivo di riforma delle competenze degli enti locali, l'attenzione del legislatore si è rivolta principalmente alle Province, universalmente percepite come uno dei sintomi più eclatanti degli sprechi della politica⁴⁹. Il processo di riforma tentava di mediare fra le posizioni che auspicavano una loro integrale soppressione e altre che propendevano per ridimensionarne semplicemente il ruolo.

Allo stato attuale, la disciplina transitoriamente adottata in conseguenza del fallimento del completamento di un più ampio processo di riforma costituzionale, ha

⁴⁶ Sul punto, v. le misure disposte dall'art. 16 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, prevedendo che «tutte le funzioni amministrative sono esercitate obbligatoriamente in forma associata con altri Comuni contermini con popolazione pari o inferiore a 1.000 abitanti», ha stabilito il ricorso necessario alla formula dell'Unione. In passato, analoghi interventi erano stati ritenuti non conformi al testo costituzionale in ragione dell'assenza di specifiche competenze legislative statali in materia. Lo Stato, infatti, secondo quanto affermato dalla lett. p) dell'art. 117, secondo comma, vanta solo una competenza legislativa esclusiva in materia di «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane» e una competenza concorrente in materia di «coordinamento della finanza pubblica» (art. 117, terzo comma). La riconduzione di interventi del genere nell'ambito degli ambiti di competenza esclusiva regionale trovava inoltre un'ulteriore argomento nell'art. 133 Cost. che, assegnando espressamente alle regioni la competenza ad «istituire nel proprio territorio nuovi comuni e di modificare le loro circoscrizioni», escludeva ogni possibilità di intervento statale. Sul punto, ex multis, v. Corte costituzionale, sent. n. 244/2005; sent. n. 237/2009, emesse rispetto ad analoghe discipline che interessavano le «comunità montane», ossia particolari unioni di comuni preposte alla valorizzazione delle zone montane. Tuttavia, in quest'occasione, la Corte costituzionale, ancorando la disciplina dettata dal legislatore statale alla competenza in materia di principi di «coordinamento della finanza pubblica» ha ritenuto che i predetti interventi normativi siano pienamente legittimi, in quanto, essendo volti a realizzare «un risparmio di spesa sia sul piano dell'organizzazione "amministrativa", sia su quello dell'organizzazione "politica"», trovano giustificazione in «ragioni di coordinamento finanziario connesse ad obiettivi nazionali, condizionati anche dagli obblighi comunitari» Così, Corte costituzionale, 10 febbraio 2014, n. 22.

⁴⁷ In tal senso, significativa è stata l'esperienza delle Autorità d'ambito, la cui disciplina era originariamente contenuta negli art. 24 e 26-bis della legge 8 giungo 1990, n. 142 e ora riproposta, in chiave più settoriale, rispetto ad alcuni servizi quali il servizio idrico integrato e, con più alterne vicende, anche sui rifiuti. Sulle problematiche generali connesse a tale formula, sempre attuali le considerazioni di M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 55 ss.

⁴⁸ Misure del genere, riproposte in termini sostanzialmente analoghi in tutti gli ordinamenti europei in concomitanza con la grande recessione, incontrano un evidente limite tecnico. Infatti, almeno di norma, le varie forme di aggregazione obbligatoria previste dalle varie discipline prescindono da uno studio tecnico che consenta di rilevare univocamente quali siano i relativi benefici economici. I parametri rilevanti ai fini dell'aggregazione sono solo di ordine puramente dimensionale e, quindi, il fenomeno potrebbe produrre delle diseconomie di scala, connesse all'ampiezza del territorio su cui dovrebbero essere esercitate le funzioni. Si tratta, peraltro, di rilievi accolti dalla Corte costituzionale, 4 marzo 2019 n. 33 rispetto alle misure prescritte al comma 28 dell'art. 14 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78 che hanno imposto ai comuni con popolazione fino a cinquemila abitanti, (ovvero fino a tremila abitanti se appartengono o sono appartenuti a comunità montane) di esercitare obbligatoriamente le funzioni fondamentali dei comuni in forma associata, mediante unione di comuni o convenzione. La Corte costituzionale ha, infatti, chiarito che la suddetta disciplina è illegittima «nella parte in cui non prevede la possibilità, in un contesto di Comuni obbligati e non, di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento». Per un'analisi di problematiche analoghe rispetto alle soluzioni proposte dall'ordinamento spagnolo, v. M. ALMEIDA CERREDA, La reforma de la planta, estructura competencial, organización y articulación de la administración local, in La planta del gobierno local: actas del VIII

Δ.	N	ſΤ	3	Œ	1	JΠ	П	3	П	R.	П	n'	Γ	n

optato per la seconda opzione⁵⁰ che, com'è noto, ha comportato come conseguenza una tendenziale valorizzazione delle funzioni delle Città metropolitane che, operando come enti di area vasta, divengono titolari delle principali funzioni di coordinamento territoriale. In questo modo, le problematiche che avevano caratterizzato l'operato delle Province in ragione dell'assenza di effettività giuridica degli strumenti pianificatori ad esse assegnate si trovano integralmente riproposte in capo alle Città metropolitane⁵¹.

Indicazioni più confortanti non vengono neanche dalla normativa specificatamente dedicata alla materia governo del territorio. Abbandonati definitivamente i tentativi di inquadramento sistematico dei principi generali della materia e di un serio e intellegibile riparto di competenze, modificando il sistema nato dalla antica legge urbanistica, si è preferito adottare un approccio settoriale, diretto alla valorizzazione di singole tematiche aventi carattere specifico all'interno della materia governo del territorio⁵². La sempre maggiore utilizzazione di accordi volti a definire e concertare il contenuto dei piani territoriali, ambientali e urbanistici⁵³, finisce per amplificare le problematiche già indicate nell'analisi del rapporto fra pubblico e privato, in quanto, in assenza di una soluzione ragionata alla problematica che assuma come punto centrale un serio riparto delle competenze e una "fissazione" delle funzioni amministrative, la rapporti sinallagmatici di carattere privatistico dei all'indebolimento dell'interesse pubblico a una sana gestione del territorio. Le varie discipline proposte, inoltre, prevedono che siano le Regioni a valutare i limiti e le opportunità connesse al ricorso a svariati strumenti di governo del territorio⁵⁴.

Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Alicante 8 y 9 de febrero de 2013 a cura di J.J. Díez Sánchez, 2013, 61 ss.

- ⁴⁹ Per i termini del dibattito, v. R. BIN, *Il nodo delle Province*, in *le Regioni*, n. 5-6/2012. Sul punto, v. anche il Dossier, *Riordino delle province*, in *www.federalismi.it* ove sono raccolti autorevoli contributi sugli ultimi sviluppi della vicenda e F. FABBRIZI, *La Provincia: storia istituzionale dell'ente locale più discusso*, in *www.federalismi.it*. La legge 7 aprile 2014, n. 56, recante la riforma del sistema degli enti locali, ha previsto l'istituzione delle Città metropolitane e la ridefinizione del sistema delle Province, trasformate in enti elettivi di secondo livello, composte dunque da membri di organi di enti territoriali inferiori, secondo una pura logica di risparmio di spesa.
- ⁵⁰ Al di là delle considerazioni inerenti l'esistenza di un'effettiva volontà politica, la scelta è stata obbligata in quanto, come chiarito dalla Corte costituzionale, con sentenza 23 luglio 2013, n. 220, la soppressione delle Province necessita di essere supportata da una parallela modifica del testo della Costituzione con gli strumenti appositamente previsti, ovvero con legge costituzionale.
- ⁵¹ Con specifico riferimento all'evoluzione del quadro istituzionale degli enti territoriali in relazione alle problematiche relative alla Città metropolitana di Roma Capitale, S. BELLOMIA, *La città metropolitana di Roma e la questione di Roma Capitale*, in *Riv. giur. edilizia*, 2019, p. 103 ss.
- ⁵² Si pensi al passaggio dal progetto di legge presentato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, intitolato *Principi in materia di politiche pubbliche territoriali e trasformazione urbana*, presentato nel maggio 2014, al progetto di legge contenente *Principi generali in materia di rigenerazione urbana nonché di perequazione, compensazione e incentivazioni urbanistiche* del marzo 2018.
- ⁵³ Per una panoramica, M.A. QUAGLIA, *Urbanistica consensuale*, in F.G. SCOCA, P. STELLA RICHTER, P. URBANI (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Torino, 2018, vol. I, p. 634 ss.
- ⁵⁴ L'articolo 2, comma 1, del progetto di legge recante *Principi generali in materia di rigenerazione urbana nonché di perequazione, compensazione e incentivazioni urbanistiche* presentato nel marzo 2018, introduce tre livelli di pianificazione, affidandone la disciplina di dettaglio alle Regioni. Si prevede, in particolare, una pianificazione strutturale, relativa all'intero territorio comunale o intercomunale; una pianificazione operativa, relativa alle trasformazioni urbanistiche di rilievo; una pianificazione regolamentare, relativa ai sistemi insediativi esistenti, alle zone agricole e alle zone non soggette a trasformazione urbanistica. In tale contesto, il ruolo dei privati è valorizzato secondo una duplice direttrice: a monte, con la possibilità di influire sulle scelte pubbliche secondo i tradizionali meccanismi legati all'urbanistica consensuale e a valle, prevedendo un rafforzamento degli istituti della perequazione, della compensazione e delle incentivazioni urbanistiche.

AMBIENTEDIRITTO

Gli atti normativi regionali difficilmente potranno avere una logica restrittiva, in quanto, per effetto di alcuni meccanismi connessi al Patto di stabilità interno⁵⁵, le sorti economiche delle Regioni sono legate a quelle dei rispettivi enti locali⁵⁶ e, pertanto, appare più che logico che esse tenderanno a favorire i profili economici a discapito di quelli più strettamente legati a un assetto ottimale del territorio⁵⁷. Le più gravi carenze della predetta disciplina, tuttavia, rinvengono la propria matrice nell'assenza di un disegno univoco di riforma dell'intero sistema previsto dal Titolo V, venuto definitivamente meno in conseguenza dell'esito negativo del referendum sulla riforma costituzionale⁵⁸.

Titolo V della Costituzione e, quindi, nel tempo, ha naturalmente assolto la funzione di contestualizzare i vincoli finanziari derivanti dal processo di integrazione europea al mutato contesto istituzionale di ispirazione federale. Sul punto, v. F. Pizzetti, il Patto di stabilità interna: una nuova via obbligata nei rapporti fra stato centrale e sistema dei soggetti periferici, in Le Regioni, 5, 1998; F. Balassone, S. Zotteri, Il Patto di Stabilità due anni dopo: norme "più morbide", risultati più deludenti, in Economia Pubblica, 6, 2001; M. Barbero, La "territorializzazione" del patto di stabilità interno, in Riv. dir. fin. e sc. amm., 3, 2010, 356 ss. Sebbene nella sua configurazione originaria assumesse prevalentemente dei caratteri programmatici, il PSI ha progressivamente visto accentuarsi la propria componente sanzionatoria sino a divenire il principale strumento di adeguamento della finanza pubblica alle esigenze di contenimento della spesa. Le sanzioni connesse alla mancata osservanza del PSI, infatti, erano subordinate alla sottoposizione ad apposita procedura di infrazione e alla conseguente condanna dell'Italia rispetto all'Unione europea per violazione del divieto di disavanzi eccessivi, ipotesi, questa, che non si è poi concretizzata. Sulla base di diversi indicatori, determinati sempre a livello statale, gli enti potranno essere considerati virtuosi o inadempienti, esponendosi ad una serie di benefici o di sanzioni.

⁵⁶ In conformità ad un più ampio processo di territorializzazione del PSI, sono stati introdotti alcuni meccanismi di flessibilità che consentono di determinare una diversa ripartizione degli obiettivi di riduzione della spesa su base consensuale. Si tratta dei c.d. Patti di solidarietà fra gli enti territoriali che, operando attraverso compensazioni orizzontali e verticali, permettono di rimodulare gli obiettivi assegnati ad ogni livello territoriale. La presenza di tali meccanismi consente un ruolo di intermediazione del livello regionale rispetto alle decisioni assunte dallo Stato, ma non determina un significativo mutamento dell'impostazione statocentrica del PSI. Attraverso il Patto regionale verticale, è così ammesso che le regioni autorizzino gli enti locali a superare i limiti di spesa stabiliti, assicurando un corrispondente incremento della riduzione della spesa a livello regionale. Il Patto regionale orizzontale consente alla regione di rimodulare gli obiettivi finanziari assegnati agli enti territoriali del proprio territorio in modo che gli enti più virtuosi possano cedere spazi finanziari a quelli in maggior difficoltà, assicurando comunque il rispetto dell'obiettivo complessivamente determinato per gli enti locali della medesima regione. Su meccanismi analoghi si fonda il c.d. Patto orizzontale nazionale, che opera fra enti locali appartenenti a regioni diverse. Sul processo di adattamento del Patto di stabilità interna alle norme di contabilità pubblica v. M. SCIASCIA, Diritto delle gestioni pubbliche, Milano, 2007, 497, il quale rileva come il rispetto delle riduzioni o contenimenti di spesa previsti dal patto si sia progressivamente evoluto fino ad assurgere a condizione di validità dei bilanci degli enti territoriali. Sull'originaria configurazione del PSI, v. anche A. BRANCASI, L'ordinamento contabile, Torino, 2005, 132 ss.

⁵⁷ La scarsa chiarezza in ordine all'individuazione dei soggetti sottoposti alla sua osservanza, l'inadeguatezza dei criteri utilizzati per determinare il carattere virtuoso o inadempiente degli enti, l'assenza di meccanismi incentivanti effettivamente efficienti unitamente alle problematiche emerse in sede di accertamento delle relative inadempienze hanno reso lo strumento tutt'altro che fluido. Sul punto, v. M. BARBERO, op. loc. cit., il quale rileva gli aspetti paradossali dello strumento che, sebbene serva per assicurare l'instabilità è esso stesso assai instabile e si è tradotto in «un ostacolo alla programmazione finanziaria degli enti ad esso soggetti». Sull'inefficienza meccanismi premianti e l'incertezza in ordine all'estensione soggettiva dei relativi vincoli, v. le critiche della Corte dei conti, Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica, 2010. Per un'analisi di tali profili, si veda G.M. CARUSO, Diritti sociali, risorse e istituzioni. Automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso, in www.federalismi.it, n. 4/2016; ID., Condicionantes económico-financieros de las autonomías locales italianas, in J.M. DIAZ LEMA, Sostenibilidad financiera y administracion local. Un estudio comparado, Valencia, 2014, p. 295 ss. Per una

5. L'urbanistica fra sostenibilità organizzativa ed economica.

I principali problemi emersi dall'analisi svolta, possono essere sintetizzati, da un lato, nell'eccessiva frammentazione organizzativa della sfera pubblica e, dall'altro, nella crescente previsione di strumenti consensuali ai fini della composizione dei conflitti di interessi. Sotto il primo profilo, si è visto come l'urbanistica soffra di seri problemi di sostenibilità organizzativa che derivano da un evidente sovraffollamento istituzionale del settore e da scelte allocative delle competenze non sempre coerenti. Nell'attuale assetto normativo, i profili pubblicistici, scomponendosi in una pluralità di variabili, tendono ad assumere una valenza sempre più settoriale in quanto si specializzano in una serie componenti ambientali, paesaggistiche e altre più strettamente urbanistiche che, a loro volta, si articolano presso distinti livelli territoriali⁵⁹.

La risoluzione degli inevitabili conflitti che si sviluppano fra i vari enti è per ora affidata alla logica emergenziale connessa all'attrazione in sussidiarietà delle funzioni amministrative, senza che sia stato possibile pervenire ad un organico progetto di riforma istituzionale che consenta una rimodulazione delle relative funzioni tenendo conto delle esigenze sottese ad ognuna di esse. In attesa dei più volte annunciati interventi tesi alla ridefinizione della geografia istituzionale degli enti coinvolti, un approccio maturo al problema dovrebbe comunque prediligere delle soluzioni ordinamentali differenziate che consentano di allocare le funzioni in ragione del riscontro di prevalenti interessi nazionali, regionali o locali. La questione è, infatti, condizionata dall'intrinseca contraddizione che contraddistingue il dato normativo, laddove si continua ad apprezzare l'urbanistica come un affare meramente locale, quando all'opposto coinvolge interessi chiaramente trascendenti il territorio comunale⁶⁰.

A questo processo di frammentazione dell'organizzazione pubblica e dei relativi interessi, corrisponde un fenomeno inverso nella definizione dei rapporti fra pubblico e privato. Infatti, la disciplina, incrementando il ricorso a modelli propri del diritto privato e, conseguentemente, aprendo il sistema ai valori di cui è portatore, è espressiva della tendenza a riunificare gli interessi secondo il filo conduttore della logica economica e finanziaria, consentendo l'ingresso, in definitiva, di valutazioni di matrice

ricostruzione della normativa europea e costituzionale sulla finanza pubblica, M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 623 ss.

⁵⁸ Il progetto di riforma costituzionale qualificava la materia "norme generali sul governo del territorio" come competenza legislativa esclusiva dello Stato, al contempo prevedendo espressamente che «spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia o funzione non espressamente riservata alla legislazione esclusiva dello Stato, con particolare riferimento alla pianificazione e alla dotazione infrastrutturale del territorio regionale e alla mobilità al suo interno». Il rapporto che sussiste fra le due nozioni appare alquanto oscuro, in quanto il governo del territorio sembra essere inteso come una materia che, non coinvolgendo più le competenze legislative relative alla «pianificazione e la dotazione infrastrutturale del territorio regionale e la mobilità al suo interno», sia estranea alla disciplina delle vicende tradizionalmente ricondotte nell'urbanistica.

⁵⁹ Si tratta, peraltro, di un fenomeno che era stato già individuato dalla dottrina come conseguenza del passaggio dal "piano" al "progetto" e v., sul punto, P. STELLA RICHTER, *Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di F. PUGLIESE - E. FERRARI, Milano, 1995.

⁶⁰ Considerazioni, queste, che sembrano valere ancor di più laddove si consideri il territorio come "risorsa complessa", su cui v. P.L. PORTALURI, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*, su *Federalismi.it*, p. 18 in relazione a Corte cost., sentenza 16 luglio 2019, n. 179. Come rilevato da P. Urbani, *L'urbanistica: oltre il culto dei piani*, in *Riv. giur. edilizia*, 2017, p. 367 ss., «occorre prendere atto - una volta per tutte - che esiste una gerarchia degli interessi che sul territorio si esprimono attraverso piani di settore [...] per interessare ampie parti del territorio nazionale ai fini della preservazione delle risorse naturali, della tutela paesaggistica e delle acque, in una parola dell'ambiente».

strettamente patrimoniale. Il collegamento fra i due fenomeni emerge chiaramente quando si debba procedere alla realizzazione di infrastrutture urgenti ove l'esigenza di semplificare i processi decisionali si accompagna a quella di reperire le risorse necessarie a tal fine. In questi casi, varie discipline, pur consentendo di superare l'ordinario assetto delle competenze, hanno finito per subordinare le ragioni d'urgenza alla disponibilità del privato ad offrire il capitale necessario per la realizzazione dei relativi interventi⁶¹. Soluzioni del genere, di là dalle problematiche che pongono, dimostrano che l'unico reale fattore condizionante la materia, soprattutto nell'attuale contesto economico, sia costituito dalla disponibilità di risorse finanziarie, che rappresentano non soltanto «un presupposto di fatto con il quale fare i conti, ma sono dotate di una sorta di giuridicità condizionante a tal punto da essere preminenti nelle scelte»⁶².

I profili economico-finanziari rilevano in tal modo come unità di misura dei diritti e, al contempo, come limite esterno alle scelte pubbliche, ripercuotendosi inevitabilmente sia sulla struttura organizzativa dell'ente preposto alla cura degli interessi del territorio, sia sull'attività dallo stesso esercitata⁶³. Così facendo, l'interesse pubblico non solo si conforma a un valore a esso estraneo, ma ne diviene partecipe, correndo il rischio di collocarsi anch'esso, sul piano giuridico, in chiave dominicale⁶⁴. Qualche indicazione più confortante sembra, invece, pervenire dallo sviluppo di quei modelli di amministrazione condivisa teorizzati dalla dottrina che, ricollocando l'interazione fra il principio di sussidiarietà verticale ed orizzontale entro canoni che sembrerebbero più consoni alle prospettive pubblicistiche, dovrebbero condurre ad una maggiore responsabilizzazione dei cittadini nella gestione e fruizione degli spazi e servizi di interesse collettivo⁶⁵. In tale contesto, i c.d. patti di collaborazione, stipulati tra le amministrazioni territoriali e le associazioni di cittadini interessate alla valorizzazione del territorio, sembrano costituire una formula negoziale che, se adeguatamente utilizzata, può assumere come obiettivo il raggiungimento dei più disparati fini: dagli

⁶¹ Per un'analisi di tali discipline e delle soluzioni adottate in proposito dalla Corte costituzionale, G.M. CARUSO, *Pubblico e privato nella vicenda delle infrastrutture energetiche: una singolare interazione fra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in *Le Regioni*, 5, 2011, p. 967 ss.

⁶² Così, R. Pugliese, *Risorse finanziarie, consensualità e accordi nella pianificazione urbanistica*, in Pugliese - Ferrari (a cura di), cit., p. 71. E ciò quando, al contrario, la funzione della disciplina urbanistica non è certo quella di «una regolazione delle attività economiche sul territorio ma più esattamente - da un lato - di una disciplina degli usi del territorio e delle sue risorse al fine di preservarli da iniziative economiche incompatibili con gli obiettivi della conservazione e della tutela e - dall'altro - di apporre limiti al potere incondizionato della proprietà privata conformandola alle finalità sociali», cfr. P. Urbani, voce *Urbanistica (dir. amm.)*, cit., n. 1. Si tratta, in fin dei conti, di una delle traduzioni della più generale dialettica tra diritto ed economia, e del necessario ruolo ordinatore del primo nei confronti della seconda.

⁶³ Alla medesima logica, risponde il dibattito sorto intorno ai c.d. «diritti finanziariamente condizionati», su cui, per tutti, v. F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni Ottanta*, in *Quad. reg.*, n. 1/1985, p. 52 ss.

⁶⁴ F. Erbani, *Il tramonto della città pubblica*, Roma-Bari, 2013, nota una certa tendenza, da parte di urbanisti e sociologi, a ritenere la città pubblica come la città di proprietà pubblica, dimenticandosi che tutta la città è, per definizione, pubblica.

⁶⁵ Sul punto, v. M. BASSOLI, E. POLIZZI (a cura di), Le politiche della condivisione. La sharing economy incontra il pubblico, Milano, 2016; F. GIGLIONI, Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico, in Riv. giur. edilizia, 2018, p. 3 ss.; C. Tubertini, Sviluppare l'amministrazione condivisa attraverso i principi di sussidiarietà (verticale) e leale collaborazione: riflessioni e proposte, in Ist. fed., 4/2019, p. 971 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

interventi culturali, fino alla tutela dell'ambiente e alla riqualificazione del verde urbano⁶⁶.

Sebbene strumenti del genere siano comunque espressivi di una certa matrice consensualistica, e ne ripropongano inevitabilmente tutti i limiti, si riscontrano alcune peculiarità procedimentali, come la co-progettazione, il dialogo e la partecipazione, che ne fanno uno strumento flessibile e funzionale, che può essere utilizzato anche per valorizzare e integrare la funzione di coordinamento degli enti di area vasta⁶⁷.

Anche per l'urbanistica si profila, infatti, la possibilità dell'utilizzo di tali strumenti di raccordo, diversi e ulteriori rispetto alla tradizionale pianificazione che, assumendo quale principale interlocutore la comunità territoriale di riferimento, dovrebbero riproporre quella logica della democrazia di prossimità⁶⁸ che, coinvolgendo i cittadini a monte delle relative scelte, consente di evitare che l'interesse del privato venga in rilievo secondo una logica puramente lucrativa.

⁶⁶ Sul tema, M. ROVERSI MONACO, Il comune, amministratore del patrimonio edilizio inutilizzato, in Riv. giur. ed., 2016, p. 541 ss.; P. MICHIARA, I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna, in Aedon, 2016; E. FIDELBO, Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini, in Aedon, 2018.

⁶⁷ C. TUBERTINI, Sviluppare l'amministrazione condivisa, cit., pp. 979-981.

⁶⁸ Sul punto, v. M. V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 3, 2017, p. 4

AMBIENTEDIRITTO

THE LEGAL IMPLICATIONS OF BUILDING INFORMATION MODELING (BIM) IN PUBLIC PROCUREMENT LAW.

An Italian perspective.

Le implicazioni legali del Building Information Modeling (BIM) nel diritto degli appalti pubblici. Una prospettiva italiana.

CLAUDIO COSTANZI

Abstract (En): Unlike other European countries, Italy has only recently approached the advent of BIM in the public procurement sector, with a regulatory transposition that still seems far from grasping all the actual potential of the definitive passage from the document to the data for the digital modeling of public works. The purpose of this paper is to identify the essential elements of BIM technology, in order to present to the jurist the benefits that the adoption of information technologies can entail for the entire sector of public contracts. The examination of the experiences of other legal systems will demonstrate the need for the continuation of the path already outlined by the Italian Legislator in the progressive adoption of BIM in public contracts, but also the need for an overall rethink of some institutions of traditional public procurement law. This reconsideration should jointly accompany the transition to digital modeling, filling the regulatory gaps that still exist and ultimately enhancing the potential for the integrity and efficiency of public contracts.

Abstract (It): A differenza di altri paesi europei, l'Italia si è affacciata solo di recente all'avvento dei BIM nel settore degli appalti pubblici, con un recepimento normativo che sembra ancora distante dal cogliere tutte le effettive potenzialità del passaggio definitivo dal documento al dato per la modellazione digitale delle opere pubbliche. Lo scopo del presente contribuito è individuare gli elementi essenziali della tecnologia BIM, al fine di presentare al giurista i vantaggi che l'adozione delle tecnologie informative possono comportare per l'intero settore dei contratti pubblici. Attraverso la disamina delle esperienze di altri ordinamenti si dimostrerà la necessità non solo della prosecuzione del percorso già delineato dal Legislatore italiano nella progressiva adozione dei BIM nei contratti pubblici, ma anche di un complessivo ripensamento di alcuni istituti del diritto degli appalti pubblici, il quale dovrebbe accompagnare di pari passo il passaggio alla modellazione digitale, colmando i vuoti normativi ancora attuali ed esaltandone, in definitiva le potenzialità per l'integrità e l'efficienza dei contratti pubblici.

^{*} Italian Lawyer – Head of Legal of a Construction Company.

AMBIENTEDIRITTO	

SUMMARY: 1. – Introduction. Why a legal study on BIM? **2.** – The essential features of digital modeling in BIM. The characterizing information of an infrastructure. **3.** – The requalification of public demand through the implementation of BIM. Efficacy, affordability, efficiency. **4.** – Legal implications of BIM. **4.1** – The need for a new contract structure. Notes on "collaborative contracts". **4.2** – The difficult risk allocation and attribution of professional responsibility for the incorrect use of BIM. **4.3** – Intellectual property issues. **4.4** – The determination of appropriate remuneration for the use of the BIM and the long-term reduction of costs. **4.5** – The upgrading of the entire production chain and the transformation of the market. **4.6** – Procurement and Tendering rules. **4.7** – A new role for non-winning bidders for the defense of the principle of competition and par condicio in the execution phase. **4.8** – Conflict management, ADR and BIM. **4.9** – The essential regulatory role of the National Legislator. **5.** – BIM in the United Kingdom, the Scandinavian countries, and other European systems. **6.** – A preliminary transposition of BIM into Italian law. The Ministerial Decree n. 560/2017. **7.** – Statistical notes on the incidence of BIM in public tenders launched in Italy. **8.** – Conclusions. The role of the jurist.

1 - Introduction. Why a legal study on BIM?

The construction sector and, in particular, the public works sector, is about to undergo – and in part is already undergoing – a revolution of epochal proportions due to the new potential that Information Technology offers in the design and execution of works. Among the protagonists of this revolution there is the BIM, an acronym of Building Information Modeling, which represents much more than a simple productivity monitoring software, being in fact a completely new, dynamic and big data based approach to the planning, realization, verification, testing and maintenance of a construction, able to process information regarding the whole work, from the foundations to the technological systems, as well as to foresee and prevent most of the possible criticalities. The complete digitalization of the production process is undoubtedly one of the first objectives of the technological and industrial revolution in progress, from which no sector seems to be able to reasonably escape. In this context, even the Architecture, Engineering & Construction (AEC) sector has found in BIM its opportunity for full digitization.

However, interest in BIM did not manifest itself simultaneously in Western countries and saw some European countries, including the Scandinavian ones, excel in digital modeling before others, thanks to the traditional open-mindedness and cultural predisposition to the challenges of modernity. Similarly, as will be said in the course of the discussion, the UK has experienced and analyzed in detail, both from a technical-architectural point of view and from the point of view of legal implications, the general effects of BIM on public contracts, recording astonishing and encouraging results in terms of increased efficiency and reduction of costs or anomalies. Excellent results have also been recorded in the US, where, as a result of a regulatory obligation for public clients to adopt BIM, the *modus operandi* of public bodies and private companies has now changed to the point of stimulating the adoption of digital modelling far beyond the confines of public contracts. The results in these countries have been so encouraging that it seems difficult today to find a Western country that has not yet tackled this issue and has not concluded on the adoption of BIM. But not all legal systems have

understood in the same way the advantages that the transition to the creation of an information ecosystem, open to the simultaneous collaboration of all parties, can offer.

In this context, it is certainly not edifying to note the delay with which the Italian construction sector and, even more so, the legal system has dealt with this matter. The lack of knowledge of BIM and the use of obsolete workflow tools by the Public Contracting Stations is a symptom, on closer inspection, of a growing lack of interest, widespread among politicians and many operators, in the new information technologies. The above-mentioned revolution has not been ignored by the Italian Public Contracts Code (Legislative Decree no. 50 of 2016¹), with which the Legislator has given an overall reorganization to public procurement. With art. 23, paragraph 1, letter h) of the Code, the «progressive use of specific electronic methods and tools such as modelling for construction and infrastructure» was identified as the target for the design of public works, with a view both to making the execution more efficient and to reducing costs, anomalies and opportunities for litigation. With such provisions, however, only a part, certainly important but not complete, of the benefits of the shift to a collaborative approach in the implementation of public works seems to have been taken into account. But more than normative, the delay in the adoption and enhancement of collaborative smart contracts and digital modeling seems to be cultural. As in many other parts of the legal system, also the Italian administrative law sector suffers a traditional delay in fulfilling its essential function of regulating new technologies². The digitization of law is, in fact, an inevitable process that knows no boundaries and cannot be stopped. The spread of BIM represents the opportunity for the digitization of public procurement law, which many virtuous legal systems have been able to take advantage of. In the field of information modeling, the traditional alacrity of the Italian Legislator in intervening frequently on public procurement law has not been sufficiently revealed. Neither the introduction, with Ministerial Decree no. 560/2017 of the Ministry of Transport, of rules and precise deadlines for the mandatory and progressive adoption of BIM in public tenders as of 1 January 2019 on the basis of decreasing thresholds for the amount of the work, seems to have generated adequate and widespread interest among legal professionals on the subject, which is often still perceived as a purely technical and niche issue. On the basis of this laconic observation, the present review intends to highlight, also through the experience of other legal systems, both the opportunities in terms of efficiency, integrity and reduction of litigation that the use of such instruments offers, as well as the inevitable criticalities that their sudden inclusion in the delicate regulatory framework of public or private procurement causes. The legal implications of the adoption of BIM are, in fact, so numerous and so significant that they impose an unavoidable debate among legal professionals at least equal to the one generated among engineers and architects. The risk is to arrive unprepared for the progressive lowering of the thresholds set out in

¹ Legislative Decree No 50/2016, "Implementation of Directives 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU on the award of concession contracts, public procurement and the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, as well as for the reorganization of the existing rules on public contracts for works, services and supplies".

² On the use of big data and algorithms in administrative justice, please refer to G. AVANZATINI, *Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale Scientifica, Naples, 2018. Similar delays also occur in the area of criminal procedural law, where the diffusion of big data has not yet found adequate regulation in the Italian legal system, despite the European Directive no. 680/2016. See C. COSTANZI, *Big data e garantismo digitale. Le nuove frontiere della giustizia penale nel XXI secolo*, in *La legislazione penale*, 2019.

AMBIENTEDIRITTO	

Ministerial Decree no. 560/2017 and the arising of new kinds of disputes based on the use of digital modelling tools, with respect to which it is urgent to update not only the technological but also the legal aspects of public contracting stations.

The task of the jurist is to catch the benefits and to be aware of the critical issues, analyzing in depth the fruitful experiences of other countries of the European Economic Area, in order to be able to adequately assist the construction industry in this delicate phase of transition to BIM, preventing possible legal disputes. A support also legal to the adoption of the BIM seems to be essential precisely because of the objectives that digital modelling sets itself in the field of public contracts: to make the building of infrastructures more efficient, to deflate judicial litigation and, finally, to radically change the paradigm of public procuring in a new collaborative perspective. Collaborative contracts, also known as 'smart contracts', can, together with the deployment of BIM, transform the face of the construction industry. For the Italian jurist, who has only recently entered these new frontiers of law, the virtuous experiences of systems such as the English or Scandinavian one offer an unreplaceable asset to count on for the transposition of an instrument – the BIM – which is destined to penetrate definitively the normative framework of public procurement law.

2 – The essential feature of digital modeling in BIM. The characterizing information of an infrastructure.

The importance of the construction industry is known to anyone. In the European context, it accounts for about 9% of the Region's GDP³ and about 18 million jobs, 95% of which are provided by small and medium-sized enterprises (SMEs). Nevertheless, unlike other sectors, the construction industry is still today one of the least digitized sectors, with the lowest performance indices (around 1% per year over the last twenty years⁴). This is due, on closer inspection, not only to difficulties in updating production techniques, but also to the limited use of information technology in the design and, more generally, in the execution of works. From these ungenerous data emerges the clear need to shrink the weight of bureaucracy and the reaction time of the public administration to executive problems, including the proper planning of execution and maintenance, the elimination of diseconomies, the prevention of litigation and costly design variants for the outbreak of unforeseen critical issues. Digital engineering and digital construction seem to offer irreplaceable tools to increase efficiency margins, to an estimated 10 to 20% of capital project expenditure across buildings and infrastructure projects⁵. An increase that both industry and public procurers must duly take into account.

³ FIEC, Annual Report, 2017 and European Commission. In Italy, however, without considering the related industries, the impact of the construction sector on the GDP has decreased from about 15% of the years of the economic boom (1960s), to less than 10% in 2019 (Data from the Italian National Institute of Statistics, section of the annual survey "National accounts; Annual national economic accounts and aggregates; Production and added value by branch of activity").

⁴McKinsey Global Institute, "Reinventing Construction: A Route to Higher Productivity", February 2017.

⁵ BCG, "Digital in Engineering and Construction: The Transformative Power of Building Information Modeling", 2017.

To use the exciting words contained in the *Handbook for the introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector*, presented by the EUBIM Taskgroup, the *«digitalisation of the construction sector represents a once in a generation opportunity to tackle these structural challenges by taking advantage of the general availability of best practices from other industrial sectors and of engineering methods and tools, digital workflows and technology skills to shift to a higher level of performance – and to become a digital construction sector»*⁶.

Building Information Modelling is the solution to the need for digitization of the entire production chain, providing each phase of the contract with more innovative tools, capable of preventing critical issues through the prior collection and sharing in real time of the information of a given work. Although there is no standard definition of BIM⁷, it consists of a computer-generated model for the high-definition representation of a building, along all phases of its construction, including a very large amount of information (big data) necessary for the retrieval of materials, construction, testing, maintenance during the entire life cycle, the effective prediction of possible critical issues and interference and each phase of the public procurement. This model, however, is not a closed and static system, being, on the contrary, a collaborative working environment, therefore open to the contribution of all stakeholders, both for the initial exchange of all the information necessary for the correct and extremely detailed design, and to easily make changes to the original information during the work. The potential of BIM could hardly be understood by limiting its conception to a simply more sophisticated three-dimensional digital representation model than the tools now still in use in many systems (including CAD, Computer-Aided Design, etc.8). More precisely, BIM represents a «process focused on the development, use and transfer of a digital information model of a building project to improve the design, construction and operations of a project or portfolio of facilities»9. The BIM has, therefore, transformed the design and execution, with the abandonment of a static project, even if more and more articulated and threedimensional, and the adoption of a real dynamic and collaborative process, endowed with extraordinary adaptive capacity and discreet predictive ability with regard to problems and costs of maintenance. All the parties involved in the realization of a work are required to exchange information and, each with their own purposes and according to their own skills, to make design changes, including those related to structural aspects and the choice of materials, resulting in a real paradigm shift in contractual relations. Therefore, it is necessary to create a digital environment characterized by the

⁶ EUBIM Taskgroup, *Handbook for the introduction of Building Information Modelling by the European Public Sector*, 8, in www.eubim.eu, from which the references and economic data shown above are taken.

⁷ D. DOAN – A. GHAFFARIANHOSEINI – N. NAISMITH, - T. ZHANG, - U. REHMAN – J. TOOKEY, *What is BIM? A Need for A Unique BIM Definition. MATEC Web of Conferences*, 2019, 266.

⁸ For the transition from two-dimensional CAD, to three-dimensional CAD, to the development of BIM, see C. EASTMAN – P. TEICHOLZ – R. SACKS – K. LISTON, *BIM Handbook: A Guide to Building Information Modeling for Owners, Managers, Designers, Engineers and Contractors*, John Wiley & Sons, 2011

⁹ PSU Computer Integrated Construction Program 2010. Similarly, and in more detail, *ibidem*, 16, BIM is defined as *«set of processes to produce, communicate and analyze building models [...] characterized by: Building components that are represented with digital representations (objects) that carry computable graphic and data attributes that identify them to software applications, as well as parametric rules that allow them to be manipulated in on intelligent fashion; components that include data that describe how they behave, as needed for analyses and work processes, for example, takeoff, specification, and energy analysis; consistent and nonredundant data such that changes to component data are represented in all views of the component and he assemblies of which it is a part; coordinated data such that all views of a model are represented in a coordinated way».*

AMBIENTEDIRITTO	

interoperability of an incredibly high number of information characterizing an infrastructure, with the creation of a common data set and a convention on the nomenclature of the same¹⁰ that allows the easy exchange between different professionals called to work in synergy in the drafting of the works and in their concrete implementation. From the use of a coherent format for all the data processed by the BIM also derives the possibility to carry out, after the design and during the whole execution phase, a model checking, which allows to verify the correct management and elimination of interferences between the different disciplines involved in the design and implementation of the work. In this way, a BIM project can be approved only after all the critical points foreseen by the model have been effectively overcome, which, with a traditional project, would probably have gone unnoticed¹¹.

Finally, the traditional relations between public clients, designers, contractors, subcontractors and testers have also profoundly changed, overcoming a formalistic and hostile approach to everyone's roles throughout the production chain and injecting flexibility and collaborative afflatus between the parties, in the common interest of efficient building construction. Such interoperability and information sharing, however, does not affect the clarity of the boundaries of responsibility of each actor in the production chain. On the contrary, the sphere of responsibility of each professional is defined, with particular regard to the role of coordination of the different production areas. Considering these advantages, it is not surprising that BIM has easily established itself as a versatile tool, increasingly indispensable in the realization of complex works. This explains why many States have chosen to impose the progressive use of digital modelling in public procurement as a regulatory requirement, with the clear intention of exploiting the benefits to public demand that such an approach offers.

3 – The requalification of public demand through the implementation of BIM. Efficacy, affordability, efficiency.

The complete *«digital representation of the physical and functional characteristics of a building»* and the prior virtual realization of the work, in addition to providing an important contribution to increasing the efficiency of the sector, make BIM an "open" tool for spreading knowledge and constant interaction between the public client, economic operators and various stakeholders, both in carrying out the procedures for choosing the contractor and in the downstream execution¹². As mentioned above, public

¹⁰ To this purpose, we highlight the importance of the shared file format known as Industry Foundation Classes (IFC), founded by the International Alliance for Interoperability (IAI), established with the aim of facilitating the sharing of data in the same format in the construction, engineering and architecture sectors, normally at the basis of BIM software operation. The format makes possible the digital description of all the objects that can be part of a model, such as components and materials, allowing also to bring together in a single model all the projects from different disciplines, such as structure, systems, architecture and even those related to furniture and greenery.

¹¹ With regard to model checking, at least three different levels of analysis can be identified: *Clash detection* (control on geometric interference between the different degrees of the federated model between the different disciplines), *BIM Validation* (activities aimed at analyzing the level of quality of the model, in order to avoid overlapping objects) and *Code checking* (compliance with the information requirements necessary to ensure a consistent and verifiable model).

¹² See G. M. DI GIUDA - G. M. RACCA, From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Informatin Modelling (BIM) in Public Procurements, in G. M. RACCA – C. R. YUKNIS (eds), Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders, Bruylant, 2019 (our translation).

procurement law, starting with the regulation of the procedure for choosing the contractor, cannot remain inert in the face of the complete change in the forms of comparison between operators that is taking place in the major works sector.

The Public Contracting Authority, as first subject interested in making the entire design and construction process more efficient, reducing the risk of errors or variants and ensuring the respect of the estimated expenditure limit¹³, is required to ask for the use of the BIM model by all competitors during the tender procedure, drawing up an informational specification attached to the notice as lex specialis. The complexity of the drafting of the Employer Information Requirement (EIR), as well as the verification of its compliance for the entire duration of the work and testing, may require the identification by the main contractor of a BIM manager, with the function of coordinator of the entire information flow of the various parties involved. Reducing «significantly the changes during the contract execution phase, increasing the level of project consistency »14, BIM also becomes an instrument for the requalification of public demand. The accuracy and precision of the project drawn up in BIM, especially if verified through the three phases of model checking, determines first of all a reduction of design errors. This, both in the hypothesis of a traditional contract, where the contractor is required to simply carry out an executive project, and in the hypothesis of an integrated contract, where the contractor is required to develop an executive project before execution. Moreover, digital modelling reduces the frequency of cases in which, due to design errors, it is necessary to make variants which, in addition to having a significant impact on construction times, could generate diseconomies for contractors and costs for the employer, sometimes exceeding not only the sums that can be predicted, but even those actually available, with a traumatic stoppage of construction. Likewise, the advantage of having a common IT environment for the adjustment of the various technical components relating to a building, makes possible to shorten the process of adopting variants, even for those of mere regulatory alignment, identifying with extreme precision the actual higher costs to be paid to the contractor. It is indeed undeniable that it is precisely in terms of design variants that the contracting authorities can derive one of the most significant advantages from the use of BIM. The variant with updated quantities and amounts can once again become a truly exceptional hypothesis as it should be, which also benefits the par condicio of the offerors, since the distortive effect on competition of revisions of contractual obligations is clear. To this must be added the risk that, in the hope of obtaining a variant, the undertaking performing the contract may attempt to recover excessive rebates by giving the regulatory institution of the variant a function of economic rebalancing which it should not have. As noted by the Italian National Anti-Corruption Authority (ANAC)¹⁵, with considerations that can easily be extended to all national legal systems, the amount of the variants often coincide with the amount of the discount offered during the selection procedure by the winning contractor, with a distortion often made possible by projects full of

¹³ For support in determining the benefits of using BIM, see K. BARLISH – K. SULLIVAN, *How to measure the benefits of BIM: A case study approach*, in *Automation in Construction*, 24, 2012, pp. 149–159.

¹⁴ G. M. RACCA, La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, in Istituzioni del federalismo, 2019, 754. See also G. M. DI GIUDA - G. M. RACCA, From Works Contracts to Collaborative Contracts, cit. (our translation).

¹⁵ ANAC, Prime valutazioni in corso d'opera trasmesse dalle Stazioni Appaltanti, Announcement of the President, 24 November 2018, no. 4, referred to in G. M. RACCA, La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, cit.

AMBIENTEDIRITTO

computational errors and omissions that oblige public clients to comply with the need to modify the amounts and implementation solutions. The use of digital modelling also offers clear benefits in terms of the amounts of a possible variant. The integrity of the relationship is, in fact, guaranteed by the automated determination of the amount of variant, thanks to the exact predetermination of the required quantities, without leaving any room for discretion. Thus, the use of BIM, reducing to a minimum the risk that a project may present deficiencies or computational errors due to incoherent analysis of certain parts of the building, allows to give back to the design variant the exceptional nature that suits it.

Furthermore, during the execution phase, the BIM offers the client an irreplaceable support in monitoring the constructive progress and in verifying the respect of the chronoprograms to which the company is obliged. In the same way, the use of the BIM and the existence of professionals responsible for the continuous comparison between what has been carried out and what has been declared in the bid, allows public clients to ensure constant compliance with their contractual obligations and the tester to deny the acceptance of works carried out in deformity, without leaving room for discretionary evaluations. Even from this point of view, digital modelling has a deflating effect on the litigation that traditionally afflicts the execution of public works, making the final judgement on performance more effective and objective. At the end, the BIM makes it possible to restore the safeguards for the protection of competition, an essential and primary value on which the entire European discipline of public procurement is based¹⁶.

Finally, the use of BIM makes it possible to indicate, as essential and decisive information in the identification of the various design solutions, the cost of the entire life cycle of the work, on the basis of which the contracting station could rely to identify the contractor.

The adoption of a digital model, open to the contribution of such a large number of qualified subjects, in addition to the traditional 'client-contractor' relationship, determines a radical change in the archetype of the public procurement contract and in the professional requirements of all the bidders. Qualification is of course required first and foremost from the public procurement authority itself, which must have the necessary professionalism to be able to manage public contracts effectively with open digital tools, and to ensure the best use of the potential that BIM can offer from time to time. In fact, the public authority is assigned a role of *dominus* not only of the contractor selection and execution procedure, but also of the maintenance throughout the entire life cycle of the work, constantly assured thanks to a digital model capable of predetermining the necessary maintenance interventions and managing anomalies and critical issues that have occurred, with efficiency and reduction of time and costs. As a result, it is necessary to completely revise the internal structure of public administrations in charge of contracting and monitoring the execution and maintenance of a building, through a redefinition of roles and workflows oriented towards the collaborative attitude that the use of BIM intrinsically imposes. The reorganization presupposes the placement of new highly specialized figures, such as BIM coordinators and BIM managers, in the direction of the works, but also in the bidding committee, in

¹⁶ In these terms, it has been suggested that economic operators who were unsuccessful in the tendering procedure throughout the execution and testing phase should participate as guarantors of fair competition from the successful contractor, either at the highest bid or at the most economically advantageous bid, by undertaking to execute the contract as signed. This issue is addressed below, in §4.7.

AMBIENTEDIRITTO	

order to ensure that the digital process runs efficiently. In the short and medium term, a public client could equip itself with these figures also through new services contracts, but it is necessary to highlight the need for the interpenetration of these professionals in the organizational structure and the full assimilation of BIM-based reasoning. Without a public administration strongly oriented to digital modelling and information exchange, technically prepared to operate in complex digital ecosystems, the targets of efficiency, affordability and effectiveness of the administrative action that BIM intends to pursue cannot be fully achieved.

From the above, it is clear why many national Legislators have, with very different timeframes, started to make the adoption of BIM mandatory in public procurement contracts. What will change will be the scenario of the entire production chain involved in the construction of buildings and infrastructures, with natural survival on the market of the only operators able to rethink all their work in BIM. The interoperability between BIM software will undoubtedly guarantee the widest and easiest diffusion of the use of tools among the operators of the construction chain, but they, including subcontractors and suppliers, will be required to radically restructure the industrial process and the company organization, in order to offer adequate support to a project management more and more oriented to the meticulous predetermination of materials and construction choices and less and less characterized by improvisation and attempts to recover delays and diseconomies during the work. In brief, a good functioning of the BIM requires the prior realization of the work in the digital environment, where it is not a construction site worker but a highly trained technician who operates¹⁷.

4 – Legal implications of BIM.

The use of the new technologies of digital modelling and information sharing seems to lead to a redefinition of the legal instruments for the regulation of public procurement. Hence, in addition to the traditional technical figures of the BIM coordinator and BIM manager, it is now inevitable that both public administrations and construction companies will be equipped with in-house lawyers who are experts in the countless legal implications of the use of BIM in the procurement sector and with solicitors specialized in litigation that such use can generate. On the normative level, this revolution does not seem to be adequately managed through the inclusion of ad hoc rules concerning single aspects of the contractual relationship. On the contrary, it should lead, as anticipated, to a general and definitive implementation of the legislative discipline of public procurement for the execution and management of public works, with new forms of "open" collaboration between client, designer, contractor, subcontractors, suppliers and testers. Given this, the jurist is concerned with some immediately perceptible legal criticalities produced by BIM. These criticalities must be taken into account also at the legislative level, since it is the Legislator's task, especially in Civil Law countries, to prepare suitable rules for the regulation of legal relations, able to grasp the full potential of digital modelling. Below are some non-exhaustive examples.

¹⁷ See below, §8.

AMBIENTEDIRITTO	

4.1 – The need for a new contract structure. Notes on "collaborative contracts".

At a glance, it seems necessary to assess whether the current contract schemes are able to fully regulate the obligations related to the efficient use of BIM and the open cooperation between the many stakeholders. This is the origin of the first legal issue, connected to the fact that, traditionally, the contract is signed between two parties, one client, the other contractor, without the direct intervention of all the other parties somehow involved in the execution. So, as a platform open to the collaboration of a multitude of professionals, at least equal to the number of technical substrates involved (architectural, plant engineering, structural, bodies and companies involved, suppliers, subcontractors), the adoption of the BIM makes it at least necessary for each party, as far as it is concerned, to guarantee the fulfilment of third parties' information sharing obligations. Thus, the public client will have to guarantee the constant support to the contractor of the designer in the adaptation of the various executive solutions in BIM. Likewise, the contractor will have to bind himself also on behalf of the supplier and its subcontractors, with specific reference to their competence to use the BIM correctly and their obligation to collaborate with all the stakeholders involved in the platform. In order to do so, the Contractor must share with them the same obligations he assumes towards the Client. The principal contract must also provide for a detailed regulation, also by referring to the special specifications on the use of BIM, in terms of the model used, desirable interoperability, standardization and consistency, but also, inevitably, identification of those responsible for coordination. In order to respond to these needs, it seems inevitable the progressive abandonment of the current contract schemes in use by Public Administrations, with the creation of frameworks as standardized as possible, able to contain the full regulation of the main legal implications connected to the use of BIM for the construction and maintenance of public works¹⁸. It is not, therefore, by chance that the British Government, in dictating in 2011 its strategy for the successful adoption of BIM in the public construction sector (Digital Built Britain) has outlined among the key measures, «the establishment of a new contractual framework for projects which have been procured with BIM to ensure consistency, avoid confusion and encourage, open, collaborative working». ¹⁹. In fact, the solution of a newly constructed contract for the incorporation of the consequences and peculiarities of digital modelling seems preferable to the possibility of creating a protocol attached to the contract for the management of the BIM, regardless of the latter's ability to prevail over all other contractual provisions through an "order of precedence" clause. If, in the first phase, the adoption of an ad hoc protocol seems to be easier, it takes into account the limiting and negative effects of the non-transposition of BIM into the connective tissue of the publicprivate relationship. The adoption of the BIM does not only cause critical issues that can be overcome with individual provisions and contractual clauses, but requires, first of all, a coherent and complete rethinking of the forms of collaboration between public

¹⁸ This, also in order to overcome the complexity of managing contracts with different forms and rules. The adoption of a unitary model of digital programming thanks to the use of BIM should lead public clients, at least within the same productive sector and, *a fortiori*, within the same public entity, to standardize the contractual schemes. The Italian experience, characterized by "standard models" of calls for tenders and specifications, suggested by the National Anti-Corruption Authority, having general competence in the field of public contracts as provided for in the Code of Contracts, does not seem to have, in fact, produced the desirable degree of simplification that the Legislator aimed at providing uniform contract schemes.

¹⁹ J. HARTY – T. KOUIDER – G. PATERSON, Getting to Grips with BIM, Routledge, 2015, 253. See below, §5.

clients and contractors that should be used to regulate differently the entire time span of the contractual relationship.

This new conformation of the relationship between the parties is achieved through a shift from the adversarial approach to a collaborative approach, which takes due account of all the public and private interests that should be sublimed when the project is implemented, without limiting attention to the offer price on the one hand and the mere expectation of the timely completion of the work on the other. A competitive dialectic between the client and the contractor and between the main contractor and other operators involved in the production chain, in addition to not finding any basis in the reasoning of public bargaining, would not even allow a full enjoyment of the advantages of the information exchange from the offer phase to the maintenance phase in the life cycle of the work. The typically adversarial structure of the contractual relationship tends to exacerbate the critical issues that traditionally plague public contracts. These include design errors, the occurrence of extra costs and unforeseeable unexpected events, undetected defects, inertia, bureaucracy, use of non-conforming materials, delays in the authorization of subcontracting and in making payments. Therefore, where the adverse approach is consolidated and endorsed by the Public Administration, it can only be understood the predictable attitude of the economic operator who, in addition to not sharing his information with other stakeholders, tends to adopt an attitude of mistrust and to pursue only his own interest, instead of the overall interest of the project. BIM technology, thanks to the creation of an open environment for the sharing of data from the early stages of the tender procedure and design, offers operators and the client an opportunity for constant collaborative dialogue, a real "alliance" in the common interest of the efficient consequence of the work required and the best realization of the work. In other words, «the alliance created by the collaborative agreement can bring added value both for the components of the collaboration and for the client, who will benefit from an efficient and rewarding interaction»²⁰.

The new prospect of alliancing has long been successfully tested in the UK, as part of a more general Construction Strategy discussed below. Making such a strategy structural and widespread, through the creation of a single and coherent contractual complex, that includes all the relationships in various ways related to design and execution, appears to be very strict, given the very high level of conflict that the public

²⁰ G. M. RACCA, La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, cit., 754 (our translation). The subject of contracts and collaborative agreements is extremely broad and fascinating. It encompasses both questions of formal qualification of such agreements, as well as more operational issues related to the actual calculability of the productivity advantage they can offer. But, on closer inspection, the perspective through which to look at collaborative contracts is much broader, embracing economic, financial and even social aspects. For a framework of the matter, see also G. DI GIUDA - S. VALAGUZZA, Gli accordi collaborativi come elemento cruciale per una regolazione strategica nel settore delle costruzioni, Working Paper della Collana Scientifica di ANAC, n. 1/2019, 8; D. WILLIS - T. C. L. ALVES, Contracting for Collaboration in Construction, in Proc. 27th Annual Conference of the International Group for Lean Construction (IGLC), Dublin, 3-5 Jul 2019, pp. 809-818; J. MASON, BIM Fork: Are Smart Contracts in Construction More Likely to Prosper with or without BIM?, in Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction, vol. 11, issue 4, 2019. On a technical level, see B. DANIOTTI - A. PAVAN - S. LUPICA SPAGNOLO - V. CAFFI, Collaborative Working in a BIM Environment (BIM Platform), in B. DANIOTTI - A. PAVAN - S. LUPICA SPAGNOLO - V. CAFFI - D. PASINI - C. MIRARCHI, BIM-Based Collaborative Building Process Management, Springer, 2020. It should not be ignored, however, that the advantages of the collaborative logic can also be well realized in the private building sector, where, moreover, there are no limits and difficulties of coordination with public procurement law in those systems where the latter have a significantly different discipline from private law contracts.

AMBIENTEDIRITTO

contract can generate from the earliest stages. In order to make this possible, the structure of public contracts must in any case be rethought²¹, recovering the collaborative and equal essence inherent in the very nature of pactum, which practical experience often leads to forget²². The abandonment of antagonism in favor of new forms of co-responsibility extended to all stakeholders seems, therefore, to generate a virtuous network that can find in BIM a platform for discussion and an opportunity to rethink legitimate private interests in accordance with those of the client and all the other operators involved, thus adhering to a win-win logic.

4.2 – The difficult risk allocation and attribution of professional responsibility for the incorrect use of BIM.

Another fundamental legal issue related to the use of BIM is risk allocation. The use of new digital modeling technologies requires, as anticipated, a large amount of information regarding, ex multis, the characteristics of the materials or goods used, the costs indicated for the same, the type of structures according to the design choices, the nature of the land and all elements interfering with the work, the information entered in the course of work by contractors and subcontractors. Such information must of course always be correct and up to date in order to ensure the proper functioning of BIM. Well, in an open dimension of the model, characterized by the continuous collaboration between the traditional parties (client and contractor) and ancillary parties (designer, suppliers, sub-contractors, bodies owning structures or works interfered with by the works), there is a clear risk that an error in the determination of the data or its inclusion could have devastating effects on the correctness of the model. The importance of the integrity of the datasets shared between the contracting party and economic operators called to operate in any capacity in the production chain, is evident and explains the importance of making all those who can insert or modify the information collected responsible. The traditional regulations on public contracts resolve the risk allocation by charging the contractor for all risks connected with the execution, including calculation errors in construction projects, unless the executive project is provided by a design firm contracted by the Public Administration. The higher cost resulting from an error in calculation or execution is economically burdensome to the contractor, with total disinterest of the Client, especially in contracts where the amount is determined in a fixed and invariable manner with respect to the quantity of raw materials and working hours used. Similarly, in the case of design contracts with professionals different from the contractor, it is the designer who is charged with the higher cost deriving from the need to redesign and, if necessary, rework. Each supplier or sub-contractor is liable to the contractor, who is held accountable for their actions towards the public client. The clarity and simplicity of such a risk allocation gives comfort to insurance companies, called to recognize the necessary insurance coverage to contractors and designers to protect the Public Administration. This configuration of the risk allocation is in no way suitable to assist the realization of a work in BIM through the collaboration open to all the subjects involved in the articulated production chain, who are required not only to

²¹ See G. M. RACCA, La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, cit., 751

²² Effective on the point S. VALAGUZZA, *Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, pp. 255-278.

AMBIENTEDIRITT(

read the project in BIM, but also the supply of data already in the initial phase for the first digital realization, then concrete, of the work. The liability for the inclusion of the data involves, in fact, a potentially very high number of subjects in the assumption of risk. Allocating risk and pinpointing fault may not be easy in the absence of a clear regulatory criterion that assigns definitive and preventable responsibilities to all operators involved. For this reason, the essential obligations of the subcontractor and the supplier must include the assumption of professional responsibility for data entry. It cannot be excluded that, in the freedom of the parties, the financial effects of this liability extended to subcontractors and suppliers will be borne by the contractor in the first instance. Obviously, the assumption of liability, wherever it is ultimately allocated, must be matched by insurance cover against occupational risk.

Also from the point of view of responsibility, special attention must be paid to the responsibility of the software manager, responsible for managing the complexity of data and providing, as output, a project that conforms to the construction rules and is able to predetermine predictable costs and critical issues in a precise manner.

The last aspect to highlight about responsibility is that of the Client's responsibility. Usually excluded from the dialectic between the parties, there are many cases in which the client may be charged with omissive or non-compliant behavior. Restricting our attention to the obligations assumed by the Public Administration in the context of the execution of a BIM contract, it can certainly be noted that this new technology requires the setting up of a public works management structure that is extremely efficient and able to promptly grasp critical issues in the input of information by all parties involved. In any case, the plethora of subjects called to operate in BIM may not belong to the same subject (in this case, the contractor). There could be a number of independent executing companies, each other without any reciprocal obligations, which could be damaged by incorrect or incomplete information provided by the other companies. Consider the case of the designer chosen by the client to draw up the project, which is then carried out downstream by the contractor. Or think of the subdivision of an area for the construction of a public works project into lots with areas of interference between several companies and production chains that are not interdependent. Or, finally, consider the case of insufficient or incorrect information provided by other public bodies owning power lines or works adjacent to or interfering with the construction to be carried out, with which the private executor normally does not assume any relationship, which is managed by the client who requested the work. Well, in all these cases, the point of connection of the responsibility for a wrong use of the BIM platform could be identified in the Public Administration, to which, as anticipated in the previous paragraph, can be addressed claims for damages for fact of third parties. It is certainly not possible to charge the executor or the designer with the greater burden resulting from the inclusion of incorrect information by the public body owning the power line interfering with the public work. In the definition of the complex framework of responsibilities deriving from the adoption of an open platform of collaboration, the role of guarantor must also be taken into account, without prejudice to the right of recourse, assumed by the Public Administration towards the contractor for the conduct of companies and other public entities involved in the construction of the work. And as the number of people involved grows, so will the complexity of the intertwining of responsibilities. The ability of the BIM to prevent and resolve disputes, albeit net of such complexity, lies in its ability to allocate with absolute certainty the responsibilities of all the economic operators involved in the execution of the work, without excluding

AMBIENTEDIRITTO	

anyone. These are the compelling reasons that make clear the need for a complete regulation with contractual value, clearly defining obligations and responsibilities.

4.3 – Intellectual property issues.

Particularly remarkable is also the issue of the intellectual property of the final product of digital modeling, which takes on value for a long time after the realization of the work to allow its proper maintenance. Undoubtedly, the rights over the software used to combine the data should remain with the developer. The model produced by the collaboration between all the parties involved in the project is very different. In order for the model to be complete and useful both to allow its execution with precise predetermination of costs and the maintenance of the infrastructure throughout its entire life cycle, the data processed must be multiple and must cover all the components and processing steps required. The data input also presupposes the codification of the same data, which could be the result of intellectual activity of an IT type carried out directly by the operator solely for the order²³. It should be added that, as regards components and materials, the manufacturer, through the supplier, must guarantee all the specifications of its products expressed in computer language compatible with that used for the operation of the BIM. The intellectual property of the producer, besides covering the good, must also extend to the codification of its characteristics. Thus, the final product is given by the contribution to different degrees of a large number of operators, including certainly the designer and the main contractor, but also, for example, all suppliers and subcontractors, whose intellectual activity of data input and management must be taken into due consideration in the determination of the intellectual property and in the possible economic exploitation of the final project. The project, in fact, could well assume also economic importance, and could even constitute one of the services paid by the Public Administration to be able to equip itself with a digital model capable of assisting it in entrusting maintenance work on the infrastructure.

The contract is, therefore, called to specify who is entitled to the patrimonial rights for the exploitation of the digital model after the completion of the work, but also the obligation to make it available for the entire life cycle to the client, to allow it to be maintained. The extension of these obligations compared to the traditional extinction of the contract for its full performance constitutes a new element, which public procurement law must take due account of. Abstractly, it seems desirable that ownership of the final model should be transferred to the Public Administration as well as ownership of the work as soon as it is delivered and accepted. For this to be possible, it is necessary that the transfer takes place for a consideration, with recognition of a specific compensation to all economic operators for the activity performed in order to make the model complete and useful in the long term, while, at the same time, assuming responsibility for it for a time at least equal to the declared life of the infrastructure, *i.e.* for the entire period in which maintenance is to be performed. The risk of the information contained in the model being commercialized should be avoided

²³ In fact, used components are not always standard, as it is common in the infrastructure sector to build components designed and built specifically for the project.

AMBIENTEDIRITTO	
AMDIENTEDIKITIO	

by prohibiting its sale and limiting its usability only for the maintenance of the work, which seems more easily achievable if public ownership of it is maintained.

At the same time, the contract should clearly specify that ownership of the individual information processed by the software does not change, remaining with those who made it available for the implementation of the model as a whole. Think also of the importance of trade secrets and patents, the protection of which must be ensured despite the obligation to include all the information necessary for the proper functioning of the BIM software. Equally important is confidential information, which should not be disclosed to parties other than those employed in the construction of the infrastructure and its maintenance, with the dissemination - or, worse, the marketing - of the model.

Finally, the medium and long term importance of the model and the information contained therein should imply the provision of appropriate tools to constantly counter the risk of hacking and theft of information, as the owner and developer of the software should ensure appropriate tools to constantly protect the integrity of the model and the information contained therein²⁴.

4.4 – The determination of appropriate remuneration for the use of the BIM and the long-term reduction of costs.

One of the most important aspects for economic operators is certainly the need that all the activities constantly required for digital modelling and its constant updating shall find the right economic recognition by the Public Administration in the determination of the budget of the project. While it is certainly possible to imagine that these costs may be part of the economic dialectic of the bidding price reduction, it can certainly not be imagined that the use of BIM will keep the incidence and determination of overheads on the amount of the work unchanged. The use of staff dedicated on a permanent basis to updating and reading the project in BIM inevitably requires taking into account a greater incidence of the staff course on the contract budget. The number of figures required is extremely variable and depends on the size of the work, the number of information required and, therefore, the number of activities to be carried out by the contractor. In the technical office of the worksite there must certainly be a senior official with the function of BIM manager, but also a variable number of employees assigned to the constant updating of the model. In addition to this, there are the costs of the legal services which, at least in the first phase of the adoption of the BIM, may have to be outsourced to expert lawyers to assist in the negotiation.

The increase in costs, however, is only apparent. All in all, the use of BIM offers a significant reduction in costs thanks to the advantages that have been taken into account in the first part of this paper. Among these, the reduction of the incidence of diseconomies, the possibility to determine the amounts with precision due to a clear predetermination of the quantities, the minimization of the possibility of design errors and consequent variants. While the use of new technologies leads to new skilled labour costs and imposes additional burdensome activities, such as the transposition of all

²⁴ See. E. A. PÄRN – D. J. EDWARDS, Cyber threats confronting the digital built environment: Common data environment vulnerabilities and block chain deterrence, in Engineering Construction & Architectural Management, 2019.

AMBIENTEDIRITTO	

information in code language compatible with the BIM software, it also reduces costs due to diseconomies and unforeseen events, to the benefit of the financial sustainability of the order. It is important that clients understand this aspect properly, as they too are required to make an important initial investment in the digitization of their workforce. Without a deep knowledge of BIM, public client risk to remain passive to the digital revolution, with evident frustration of a good part of the advantages. Likewise, the determination of costs for the use of BIM cannot bow to the need for savings. As much in the internal investments as in the choice of the service provider and in the attribution of the fees to the performers, the logic that should be followed is the one that sees in the investment in BIM technology a more than proportional return in terms of efficiency and cost reduction, ascertainable at the end of the order. These achievements are now widely recognized and found, with varying degrees of impact, in all countries that already make extensive and effective use of these digital tools. Certainly, limiting BIM to a mere design accessory in the execution of public contracts, without really exploiting the countless benefits that its correct use and absorption in the contractual relationship can offer, only determines costs and does not generate real savings. In essence, taking BIM seriously is what makes the cost of the digital revolution a profitable investment.

4.5 – The upgrading of the entire production chain and the transformation of the market.

The need to operate in BIM can certainly not, as said, be limited to the main contractor. As it is currently structured, the outsourcing of part of the contractor's work and services to subcontractors ensures the involvement of craftsmen and small and medium-sized enterprises (SMEs), whose importance in some national economies, such as Italy, is even greater than that of large companies. It is true, however, that the transition to digital modelling and the recruitment of qualified resources to qualify for public tenders is a cost (rectius, an investment) that only a certain segment of the market can bear. Well, this can only be harmful to small and very small companies that usually operate as subcontractors in the execution of public works, which will have to choose between renouncing the execution of sub-contracted works or aspire to continue this business having to incur in the immediate future huge costs for the updating of their staff and the digitization of their production chain. In choosing its sub-contractors or suppliers, the main contractor must not only identify at the beginning of the tender those capable of operating in BIM, but must also transfer to them all the obligations it has undertaken towards the Client and other operators with reference to the operation of BIM.

In addition, the level of specification required for the information to be included in the model must necessarily be transferred to subcontractors, with the assumption by the subcontractors of legally binding obligations towards the main contractor. This means that, in addition to the main contract, the reference to the obligations related to the use of BIM will have to be included in all the subcontracts stipulated, with upheaval of the market and introduction of new legal aspects in the supply chain discipline²⁵.

²⁵ Similar assessments can be made for supply relationships. It will be inevitable, in BIM regulated works, to exclude all suppliers unable to provide the characteristics of goods and materials in BIM.

AMBIENTEDIRITTO

4.6 – Procurement and Tendering rules.

Among the possibly most pervasive implications, together with the need for innovative and dynamic contracts open to the collaboration of all parties involved in the information feeding of the BIM, is the appropriate reconsideration of the way in which the tender is carried out and awarded. From the earliest stages of the awarding procedures, the use of BIM presupposes that the bid is formulated on the basis of a more or less definitive digital model, made available by the client to potential bidders for the insertion of the data required to determine the costs and, consequently, the bid, the auction discount and any improvements. The BIM inevitably transforms the way public tenders are handled, since, thanks to the degree of precision in terms of quality and quantity that it offers, the economic operator will necessarily have to submit a welldetermined and calibrated bid on quantities that are no longer hypothetical, but essentially certain. This is to the disadvantage of those companies that rely more on the auction price reduction than on improvements for the award, in the hope of being able to recover part of the reduction with the instruments of traditional procurement law, which, in the cumbersomeness of the discipline, offer many opportunities to correct design errors (such as, for example, on the occasion of variants 26), which the BIM almost completely eliminates. In the same way, the awarding criteria should also be changed, with preference given to criteria for determining the most economically advantageous bid over the criterion of maximum discount. More generally, it was found that the adoption of BIM in the evaluation of tenders seems to provide a more objective basis for the evaluation of offers and economic operators²⁷.

The use of a model of precise digital modeling, which allows the preliminary digital realization of the project with an approximation very close to reality, compels to reconsider the determination of the anomalies of the offer and to redetermine the bases of the possible explanation for the defense of the proposed decrease. The result is obviously positive for the Contracting Authority, which should receive only highly considered offers, in order to avoid any reduction aimed only at the awarding of the tender, with the hope, often well-placed, of seeing the inevitable diseconomy deriving from an increase in the contractual amount corrected.

4.7 – A new role for non-winning bidders for the defense of the principle of competition and par condicio in the execution phase.

It was rightly noted that *«the information provided through the BIM approach could assume strategic importance also in the pursuit of the objectives of efficiency and integrity»* also through the involvement of non-selected bidders, making them, together with the

²⁶ On the frequent coincidence of the amount of the variants with the economic impact of the auction price drop, reference is made to the ANAC, *Prime valutazioni in corso d'opera trasmesse dalle Stazioni Appaltanti*, cit.

²⁷ See S. ROSE-ACKERMAN, Corruption and government. Causes, consequences and reform, Cambridge University Press, 1999, which mentions, among the factors of failure in the evaluation of the bids, the difficulty of attributing scores on an objective basis to previous experience in public works. In particular, on page 62, we read: «the use of the past performance as a factor in awarding new contracts has proved difficult to implement because there is no generally accepted technique for evaluating performance».

AMBIENTEDIRITTO	

Public Administration, *«the "supervisors" of the conditions and terms of the contract*»²⁸. The availability of a digital model capable of collecting all the information concerning the execution and progress of the work is a formidable transparency tool and could make it possible to entrust non-winning bidders with new tasks. Indeed, these functions are carried out in order to enforce the right to be identified as the new successful tenderer in the event of proven breach of the obligations promised by the contractor during the tendering procedure and which led to the award (for example, the impact of the promised improvements in determining the most economically advantageous tender)²⁹.

The new role attributed to the excluded operators, through mere access to the information of the BIM model, could constitute a real revolution in the relations between economic operators, whose conflicts are traditionally limited to the disputes arisen over the award of the contract, not extending, due to a lack of control instruments, to the verification of the correct execution and implementation of the improvements promised during the tendering procedure that revealed to be decisive for the award of the contract³⁰.

4.8 - Conflict management, ADR and BIM.

To a large extent, the role of BIM in conflict prevention and resolution has yet to be explored. Disputes are undoubtedly one of the main causes of inefficiency in the implementation of public works and failure to meet deadlines and budgets. Without wanting to investigate here whether it is the propensity of companies to take legal action that constitutes an inefficiency of the public construction sector or whether it is, indeed, the cumbersomeness of the regulatory system and the inefficiency of the public administration that causes the high level of conflict, it can certainly be said that litigation is the enemy of good public procurement. The technological revolution offered by BIM is, indeed, at a first step, also cultural. The collaboration between the parties and the full involvement of the entire supply chain in the updating of the model for the first digital and then real construction of a public work are certainly a reason for reducing the hypotheses of conflict. The elimination of design errors, the predetermination of costs and timeframes, the predictability of some critical execution issues are just some of the benefits that the BIM can offer in terms of conflict prevention.

However, BIM software can play a very important role in resolving the conflict that has already arisen, through data-based dispute management tools offered by digital modeling. Although the positive impact in terms of conflict reduction of BIM has not

²⁸ G. M. RACCA, La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, cit. (our translation). On this subject, see also H. SCHRODER – U. STELKENS, EU Public Contract Litigation, in M. TRYBUS – R. CARANTA – G. ELDSTAM (eds), EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond, Bruxelles, 2010, 443 ss. and G. M. RACCA, The role of third parties in the execution of public contracts, in L. FOLLIOT-LALLIOT – S. TORRICELLI (eds), Controle et conteniteux des contracts publics – Oversight and remedies in public contracts, Bruylant, 2017.

²⁹ See G. M. DI GIUDA – G. M. RACCA, From Works Contracts to Collaborative Contracts, cit.

³⁰ In fact, the protection of competition must inevitably extend also to the executive phase, in which, to take up the well-known Pressetext judgment of the Court of Justice of the European Union (C-454/2006, judgment of 19 June 2008), it was recognized that contractual modifications in progress that are substantial, i.e. capable of altering the balance of the contract, must be considered as a termination of the previous contract and not as a mere variant. See R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA – G. L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, in *Quaderni Consip*, VI, 2010.

AMBIENTEDIRITTO	

yet been the subject of a complete investigation, studies are beginning to spread that offer the jurist an opportunity to deal, even in the construction sector, with the issue of decision making algorithms applied to the law³¹. These studies show a clear ability of BIM to offer not only conflict prevention tools, but also conflict management tools, given its ability to predetermine critical issues and to easily allocate responsibilities and increased costs in the production chain.³². It is clear that such a use of BIM requires, in addition to a complete regulatory discipline, also a clear acceptance in the contract, where the parties involved in the realization of the work and the Public Administration itself must accept the prior referral of the resolution of the conflict that has arisen for certain aspects to tools capable of being based on or integrated into BIM software.

Among the causes of conflict that the BIM seems able to manage were identified, among others, the failure to determine the exact cost of realization, with a consequent error in the determination of the offer price, the delay of the Public Administration in evaluating the works carried out in order to make periodic payments, design errors and omissions not detected during the verification of the accuracy of the model. The existence of automated or semi-automated conflict resolution tools, admitted and not granted that they may prove to be truly indisputable in merit and method – and it is up to the lawyer to provide an answer to this – can become a deterrent to reckless litigation and a means of preventing the onset of a conflict from leading to a contraction in productivity and the accumulation of delays and increased litigation costs.

4.9 – The essential regulatory role of the National Legislator.

It is quite clear that the amount of risks associated with the use of BIM is far less than the amount of benefits it can offer, but the Legislator is required to provide operators and public administrations with clear guidelines when dealing with the legal implications. Despite the different connotations of the different legal systems and the different weight of public intervention in the economy, it can certainly be considered necessary that it is the legislative power to imprint the principles to which the use of BIM should be inspired. Indeed, the advantages of using BIM are such and many that it explains why many private companies commissioning complex buildings and infrastructure have often required the use of digital modeling, regardless of any legal requirements. In the private sector, it is possible that the legal problems associated with the use of BIM can be more easily traced back to traditional civil law through the use of general institutions. The same cannot be said for the public sector, especially in those systems, such as the Italian one, where public procurement law regulates not only the entire procedure for the selection of the contractor up to the conclusion of the contract, but also certain aspects of its execution. In these systems, the Legislator is required to

³¹ There are many areas in which these new frontiers have opened up unimaginable opportunities until a few years ago. With regard to the resolution of disputes under administrative law, see, *ex multis*, G. AVANZATINI, *Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, cit., and A. SOLA, *La giurisprudenza e la sfida dell'utilizzo di algoritmi nel procedimento amministrativo*, in *GiustAmm*, 2, 2020. With reference to the application of the decision making algorithms to criminal justice, see C. COSTANZI, *La matematica del processo: oltre le colonne d'Ercole della giustizia penale*, in *Questione Giustizia*, No. 4, 2018, pp. 166-188.

³² See C. Aref – C. Changsaar – M. Y. Aminah – C. Heap-Yih – C. L. Siaw, Building information modeling in construction conflict management, in International Journal of Engineering Business Management, 2017, Vol. 9, pp. 1-18.

AMBIENTEDIRITTO	

assume its essential regulatory role, with the definition of rules for the proper management of BIM in public procurement and the provision of all the necessary resources to operate the gradual and complete transition from traditional modeling to dynamic and digital. Institutes such as those of design variants, the registration of claims for compensation by the contractor for the occurrence of facts not attributable to the most onerous and testing must be reviewed by integrating them with the BIM. More broadly, the discipline of the tender procedures, the form of the offer, as well as the selection criteria cannot remain unchanged once the digital modelling revolution has reached its full completion.

Well, the traditional stability of the institutions of public procurement law must be surpassed in order to pursue objectives of efficiency of administrative action and public bargaining, along lines that only the legislator of civil law countries must dictate in the first instance. Like all the instruments that information technology has offered to the law, the criticalities that are certainly present can and must be regulated. A cultural and technological revolution must proceed within a framework well delimited by political power, which must assist public and private operators in the *«mental passage, rather than operational, from "document" to "data"*»³³ required by the BIM technology, supporting them by dictating the legal principles to overcome the difficulties this passage involves on the traditional institutions of public law or construction law. And in this, not all Legislators have shown the same timing, sensitivity and understanding of the potential of BIM³⁴.

5 – BIM in the United Kingdom, the Scandinavian countries, and other European systems.

Among the European countries which, before and better than others, have attempted to gain the benefits of adopting BIM modelling as part of a wider strategy to improve the efficiency and performance of public works, a special mention goes to the United Kingdom. Thanks to a clear path of modernization of the construction industry in the public sector, outlined in May 2011 with the Government Construction Strategy and divided into four stages³⁵, the UK is now at a certainly advanced stage, easily comparable to the US, Singapore and Scandinavia. With the beginning of 2020, the UK entered the fourth stage (level 3), characterized by the widespread and compulsory use of BIM in the design, construction and management of all new public buildings. The interoperability of software is ensured by the BS 1192 regulation adopted at national level, which lays down the essential requirements for the construction and proper functioning of BIM. In addition, the integration of digital modeling on the contractual level is ensured by the "BIM Protocol" realized by the Construction Industry Council

³³ A. L. C. CIRIBINI, *I limiti del "BIM" e le potenzialità del "dato"*, 17 febbraio 2019, www.ingenio-web.it (our translation).

³⁴ For an accurate overview of all experiences, see. A. SAWHNEY – M. M. SINGH – R. AHUJA, *Worldwide BIM Overview*, in W. PENG – L. HAIJIANG – W. XIANGYU, *Integrated Building Information Modelling*, Bentham Science Publishers, 2017.

³⁵ In particular, with a time spectrum until 2020, a gradual transition between the following levels: Level 0 - 2D CAD drawing; Level 1 - 2D/3D drawing in CAD format; Level 2 - BIM in the design and construction phase, mainly for public works; Level 3 - BIM for the management of the entire life cycle of a public/private building.

and now in its second edition in 2018³⁶, with which the fear of legal repercussions on the contract of the use of BIM has been fully addressed. The BIM Protocol, to be understood as an appendix to existing or new contracts through the provision of an incorporation clause, is a supplementary legal agreement containing synthetic but extremely effective rules on obligations, liabilities and limitations on the use of BIM. Among the most relevant rules are those relating to the obligations of the Employer and the obligations of the Project Team Member. In addition to this, there are also precise rules on the responsibility for executive differences and the choice of materials, the security of the data entered into the system (described as a primary objective of the protocol) and coordination tools for conflict resolution, the latter already significantly placed at point two of the Protocol. The BIM Protocol is completed by two appendices adaptable to the specifics of the case in point, useful to ensure the functioning of the BIM, one concerning the Model Production and Delivery Table and another one concerning the Employer's Information Requirements. The great ductility of this document lies in the possibility to incorporate it in all the contracts of the supply chain, in particular those signed by the main contractor with subcontractors and suppliers, to ensure the creation of a large data sharing environment in BIM consistent and with precise assignments of responsibility to all operators.

In this virtuous scenario, the collaborative contracts model has spontaneously become an integral part of the digital strategy since the adoption in 2000 of the first Project Partnering Contracts model³⁷, to which was added in 2016 the famous Framework Alliance Contract (FAC-1), a standard multilateral contract model, suitable to create that shared network of obligations of transparency and mutual collaboration between private operators and Public Administration. The FAC-1 is characterized by shared principles and objectives to be adopted flexibly in different circumstances, from litigation to the conclusion of bilateral contracts with other operators involved in the production chain. Naturally, the model includes the use of the BIM³⁸, which confirms itself as an instrument of exceptional effectiveness in promoting efficiency in public contracts through the precise predetermination and constant sharing of information relevant to construction³⁹.

Also in other European systems the use of BIM has reached a level of full assimilation in the economic and cultural substratum of the construction industry, also through the foundation of a new culture of partnering, information exchange and collaboration in the common interest of efficient and timely execution of the works, which soon proved to be able to stimulate the interest also of the financiers of private works⁴⁰. Among the

³⁶ Accessible to the link http://cic.org.uk/admin/resources/bim-protocol-2nd-edition-2.pdf.

³⁷ The first PPC model was launched in September 2000, after being formulated by the Construction Industry Council (CIC) in collaboration with the Association of Consultant Architects (ACA). the CIC also published the 2005 TPC, the first standard form Term Partnering Contract which applies the principles adopted by PPC 2000 to term contracts. The first application of the PPC concerned a range of housing, office and school projects, including refurbishments and new builds in both the public and private sectors. PPC 2000 provides a pathway for the partnering process. It creates a single contractual hub that allows all team members to contract on the same terms, without the need to sign other agreements. It regulates the project management processes, methods and the conduct of the parties in all project stages, from the design phase to the conclusion of the execution.

³⁸ See D. Mosey et al, Enabling BIM Through Procurement and Contracts, King's College, 2016.

³⁹ For an overall examination of BIM in the English contest, see. B. MCADAM, *Building information modelling: the UK legal context*, in *International Journal of Law in the Built Environment*, Vol. 2, no. 3, 2010, pp. 246-259.

⁴⁰ For a complete summary of the progress of BIM adoption in Europe, please refer to the study conducted in March 2019 by the European Construction Sector Observatory, entitled Building Information Modelling in the EU

AMBIENTEDIRIT	TC

first countries to adopt BIM in the design and construction of complex works are the Scandinavian ones, with the creation of Building Smart Nordic, a non-profit organization owned by Sweden, Finland and Denmark, to which Norway is added as an observer, with the aim of promoting the full exploitation of digital modeling to benefit both the community and private companies, thanks to the recovery of productivity and efficiency. In Finland, the use of BIM has been common since 2001, and since 2007 the Government has required all software manufacturers operating in the state to obtain IFC certification, to ensure total interoperability between systems and information. In Sweden, the Swedish Standard Institute (SSI) has been promoting the adoption of BIM since 1991 and the reception of BIM has been so enthusiastic that it does not require any particular imposition or guideline from the Government, which only provided it in 2015⁴¹. Similar are the experiences of Denmark, where the use of BIM has been imposed since 2011 on all regional and local institutions 42, and Norway, where, thanks to the collaboration between the Norwegian Homebuilders Association and the Norwegian Directorate of Public Construction and Property (Statsbygg), since 2010 almost all public buildings have been constructed in BIM through virtuous forms of Project Partnering Contracts, which have clearly enhanced the benefits of digital modelling⁴³.

It is also worth mentioning the German experience, in which the Government, with the "Planen-bauen 4.0", has provided for the transition to BIM development of all contracted works by the end of 2020, with the contextual definition of rules for the creation of an open data environment and a collaborative approach between all parties⁴⁴. Not dissimilar are the French experience, whose time horizon for the final transition to BIM and the creation of an open and interoperable digital ecosystem in the field of public procurement is 2022⁴⁵, and the Spanish one, where the project "es.BIM" has already led to a technological transformation of the construction market⁴⁶, with an

construction sector, accessible at this link: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34518/attachments/1/translations/en/renditions/native.

⁴¹ See M. HOOPER, *Bim Standardisation Efforts - The Case Of Sweden*, in Journal of Information Technology in Construction, vol. 20, 2015 and E. ENGLUND – M. GRÖNLUND, Current Legal Problems ans Risks with BIM in the Swedish AEC Industry, Royal Institute of Technology – Department of Real Estate and Construction Management, 2018.

⁴² To this was added the Regulation 1365, adopted in 2007 (extended in 2011 with the ICT Regulation 1381, and in 2013 with the ICT Regulations 118 and 119) with the aim of promoting the integration of ICT in the construction sector, thus increasing productivity. More generally, see L. F. USSING – J. K. LARSEN, *Implementation of BIM in the Danish Building Sector*, in *Proceedings of the 7th World Conference on Mass Customization, Personalization, and Co-Creation (MCPC 2014)*, Springer, 2014, pp. 265-274.

⁴³ On the Norwegian case, see A. TADAYON – P. WONDIMU – O. KLAKEGG – B. ANDERSEN – O. LÆDRE, *Project Partnering in the Construction Industry: Theory vs. Practice*, in *The engeenerign Project Organisation Journal*, Vol. 8, 2018.

⁴⁴ See. G. M. Racca, La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, cit., 745.

⁴⁵ On this topic, A. TRANCHANT – D. BELADJINE – K. BEDDIAR, *Bim In French Smes: From Innovation To Necessity*, in A. GALIANO-GARRIGOS – L. MAHDJOUBI – C. A. BREBBIA (eds), *Building Information Modelling (BIM) in Design, Construction and Operations*, WIT press, 2017, 135 ss. and "*Plan Bim 2022*" by *Ministère de la Cohésion des territoires et des Relations avec les collectivités territoriales*, in *www.cohesion-territoires.gouv.fr*.

⁴⁶ M. D. VIVAS – P. DEL SOLAR – A. DE LA PEÑA – S. ANDRÉS, *Implementation of BIM in Spanish construction industry*, in *Building & Management*, vol. 1, 2017.

AMBIENTEDIRITTO	

exploit in 2018 that marked the 700% increase of calls for tenders in BIM compared to the previous year⁴⁷.

As can be expected, the adoption of BIM has been almost everywhere accompanied by the drafting of Protocols containing the main rules for the attribution of obligations and consequent responsibilities to operators in the supply chain and to the Public Administration itself. Some of the best-known and most appreciated protocols at European level include the Finnish (*Cobim*) and Norwegian (*Statsbygg*) ones. Outside Europe, in addition to the appreciated protocols and guidelines published by the American Institute of Architectures, the Australian protocol (*Naspec*) and the Singapore protocol (Building and Construction Authority), which appear to be strongly influenced by the English and American model, are also worth mentioning.

6 – A preliminary transposition of BIM into Italian law. The Ministerial Decree n. 560/2017.

The Italian situation seems peculiar compared to the rest of the European context. Although the path for the definitive transition to digital modelling appears to have begun, it cannot yet be said that it has been completed or even sufficiently digitized in the public contracts sector⁴⁸. Likewise, the planned changeover to BIM modelling has not yet been accompanied by a full-scale debate within the legislative and executive bodies on the possibility of using BIM as a means of updating procedures and institutions subject to very frequent changes, most often in mere adjustments induced by the necessary compliance with European standards and the constant warnings of the Court of Justice of the European Union. The reality is that, in the current ordinary structure of the public contracts sector, the time seems not yet mature for a real and proper transition to the digitization not only of projects, but also of procedures, as well as for the opening up to truly collaborative forms to carry out the comparison between client, contractor and other operators. This is despite the fact that the public contracts sector is studded with an innumerable series of legal criticalities, operational problems and chronic inefficiencies that should suggest an urgent digitization and the transition to collaborative forms of the relationship⁴⁹.

The Italian Public Contracts Code (*i.e.* Legislative Decree no. 50 of 2016) has identified digital modelling as a tool for rationalizing and making the execution of complex public works more efficient, referring to a more detailed regulatory source for the regulation of BIM. So, in order to achieve the objective set forth in art. 21, paragraph 1, letter h) of the Italian Public Contracts Code, as well as implementing the provisions of art. 23, paragraph 13 of the Code⁵⁰, the Ministry of Infrastructure and Transport

⁴⁷ Report 2018, accesible here: https://www.esbim.es/es-bim/.

⁴⁸ For similar conclusions S. VALAGUZZA, Governare per contratto. Come creare valore attraverso i contratti pubblici, Editoriale Scientifica, 2018, as weel as G. M. RACCA, La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, cit., 747 and G. L. ALBANO, Il Public Procurement come stimolo alle PMI: il caso del Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione Italiana, in Riv. Pol. Econ., VII-IX, 2014.

⁴⁹ See S. VALAGUZZA, Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici, cit., 261.

⁵⁰ Which it envisages: «Contracting stations may require the use of the specific electronic methods and tools referred to in paragraph 1(h) for new works as well as for rehabilitation, upgrading or variants, with priority for complex works. Such tools shall use interoperable platforms using non-proprietary open formats in order not to restrict

AMBIEN	TEDIRITT(

issued Ministerial Decree no. 560 of 2017⁵¹, with which it provided for the gradual introduction of BIM in the design, construction and management of public works (art. 1), according to the timeframe based on the amounts of the tender mentioned at the beginning, and described in art. 6. In particular, since 1 January 2019 the use of BIM has become mandatory for all complex works relating to works with a tender value of EUR 100 million or more, progressively decreased to EUR 50 million from 1 January 2020, EUR 15 million from 1 January 2021. From 1 January 2022, on the other hand, the use of the BIM will be mandatory whenever the tender-based amount exceeds the so-called thresholds of European significance as per art. 35 of Legislative Decree 50/2016. Subsequently, from January 1, 2023, the extension of the mandatory use of BIM will cover all works with a tender amount equal to or greater than one million euros, to be then generalized to all tenders for works of any amount from January 1, 2025. On the basis of this timetable, the switchover to digital modelling for all contracts with a value of less than or equal to EUR 1 million by 1 January 2025 will bring about a global transformation in the market for construction companies engaged in the construction of public infrastructure. Briefly reviewing the Ministerial Decree, amongst the requirements preliminary to the adoption of the BIM, art. 3 inevitably requires contracting stations to prepare a training plan for their staff, but also the preparation of a plan for the purchase of hardware and licenses for the use of software for the digital management of the appropriate decision-making and information processes through the tools provided by public contract law and, finally, the emanation of an internal organizational act that explains the process of control and management, the data managers, as well as the management of any conflicts. The adoption of digital modelling must be adequately regulated in the *lex specialis* of the procedure for selecting the contractor, through specific provisions, in particular, in the special tender specifications, in which the modalities of use and interoperability of these tools are to be regulated (Article 7). In support of the contracting stations, a commission is then set up to examine and resolve the main criticalities reported from time to time in the application of BIM (Article 8). Finally, from the point of view of the entry into force, art. 9 of the Ministerial Decree has made a certainly courageous choice, in providing for the obligation to adopt the BIM according to the amounts to all the procedures for the award of public works, in which the design phase has not yet begun on the date of entry into force of the Decree (27 January 2018).

Since the adoption of the Ministerial Decree, there has been no lack of criticism from both procedural and substantive points of view. Regarding the nature of the legislative act, the Plenary Meeting of the Council of State has already highlighted the erroneous failure to qualify the Ministerial Decree and the consequent evasion of the Council of

competition between technology providers and the involvement of specific design specifications between designers. The use of electronic methods and tools may only be required by contracting stations with appropriately trained staff. By decree of the Ministry of Infrastructure and Transport to be adopted by 31 July 2016, also with the assistance of a Commission specifically set up within the same Ministry, without additional charges to public finance, the methods and timescales for the progressive introduction of the aforementioned methods at the contracting stations, the granting authorities and economic operators are defined, assessed in relation to the type of works to be entrusted and the digitization strategy of public administrations and the construction sector. The use of such methods shall constitute a parameter for the assessment of the bonus requirements referred to in Article 38».

51 http://www.mit.gov.it/sites/default/files/media/normativa/2018-01/Decreto%20Ministro%20MIT%20n. %20560%20del%201.12.2017.pdf

1 0

State's opinion⁵². From the point of view of merit, much more relevant here, it was first of all noted the conspicuous absence of binding references to international standards UNI 11337, with the consequent risk of compromising the effective interoperability and equal quality of Italian models compared to international ones. The absence of any sanction whatsoever for the Contracting Stations that do not adopt the BIM in the procedures included among those for which the Ministerial Decree provides for its adoption. To this must be added, as anticipated, the general forecast of a use of the BIM still very much focused on the design phase, without taking sufficient account of the full potential of digital modelling in terms of changing the conduction of the bidding phase and the collaborative comparison phase during execution and subsequent maintenance. In brief, what can be recognized to the Ministry of Infrastructures is that it has implemented the provisions of the Procurement Code, which, however, regulates the traditional institutes without taking into full consideration the efficient potential of the BIM⁵³.

This leads to believe that in the Italian legal system there is still a preliminary phase of "procuring with BIM", which should be followed as soon as possible by a step-by-step programming, on the Anglo-Saxon model, of the implementation and integration of digital modeling in the structure of public procurement law. Even today, the avant-garde theme of "collaborative contracts" is still traced back to general regulatory sources such as art. 1322 of the Civil Code, since there is no reference to this new paradigm of relations with the public administration in the implementation of public works in the 2016 Code, which should be configured as an ideal place for their complete discipline⁵⁴. Therefore, the acceleration that the Ministerial Decree n. 560/2017 wanted

⁵² See Final opinion of the Council of State on the update of the Guidelines no. 1 on "General guidelines on the provision of services relating to architecture and engineering", in implementation of Article 213, paragraph 2, of Legislative Decree no. 50 of 18 April 2016, consultative section, measure no. 1349/2019, which reads as follows: «In this regard, it should be noted that the Decree of the Minister of Infrastructure and Transport of 1 December 2017, no. 560, has not been submitted to the opinion of the Council of State, despite its regulatory nature. With regard to the legal nature of the Decree of the Minister no. 560 cited above, it should be noted that its qualification as a regulatory act is inferred from the contents of the measure, regardless of the fact that the above mentioned primary legislation does not refer to the regulatory nature of the act. In fact, the fact that the source of the legislation providing for it does not qualify the act as a regulation does not mean that the form and procedure prescribed by Article 17 of Law No 400 of 1988 must, in any event, be observed for its adoption if the act actually has the characteristics of the 'regulation': generality, abstractness and innovativeness (Constitutional Court 22 July 2010, no. 278 and 21 October 2011, no. 275; Council of State Plenary Meeting 4 May 2012, no. 9; Council of State, Section VI, 27 May 2005, no. 2731; Council of State, Section VI, 18 February 2015, no. 823)» (our translation).

The very fact that the entry into force of the Ministerial Decree is extended to procedures that are already underway, but in which the design phase has not yet begun, confirms that the adoption of the BIM, as understood by the Ministry of Infrastructure and Transport, has no impact on the contractor's selection procedures themselves, starting from the writing of the special specifications, the determination of qualification requirements and the submission of bids, still limiting itself to the mere preparation of the design documentation.

⁵⁴ Very clear on the point is S. VALAGUZZA, Gli accordi collaborativi nel settore pubblico: dagli schemi antagonisti ai modelli dialogici, cit., 269 where it is stated that «obviously, if we refer specifically to our legal system, we would have to say that these are atypical agreements, since they are not regulated in the Civil Code or in special laws, nor are they regulated in the Collaboration Agreement or similar. Consequently, in our system, collaborative agreements, qualifying as atypical agreements, would find their basis in Article 1322 of the Civil Code, which admits that the parties can freely determine the content of contracts that do not fall within the types, as long as they aim to achieve interests worthy of protection under the legal system. From this last point of view, it seems that no doubt can be raised that the content of the collaborative agreements would exceed the admissibility assessment on the merits, necessary to recognize the lawfulness of the atypical agreements, considering that the discipline of the collaboration, as we have seen, is aimed at bringing benefits both in economic and qualitative terms that end up

to give to the diffusion of digital modelling in the design and execution of public works and infrastructures, represents an appreciable, but not yet sufficient, attempt to fill a cultural and technological gap with other North European systems, in which, as anticipated, the use of BIM has already had a deeper absorption in the legal system and in the industry.

Given this, it can certainly not be said that in terms of design activity, our system has not begun to effectively implement BIM. This is clearly demonstrated by two pronouncements of two Regional Administrative Courts (TAR), which, for different reasons, have been called to pronounce on issues related to the application of BIM to public contracts. In a first ruling, the Lombardy Regional Administrative Court rejected the appeal by one economic operator against the non-exclusion of another operator which, in the context of an integrated contract (i.e. including design and construction), had submitted a project in BIM whose method of representation was considered not to comply with the requirements of the *lex specialis*. The Court of Milan, demonstrating a good understanding of the function and characteristics of BIM, rejected the appeal on the grounds that «in the BIM methodology, attention must be paid to the concept of information rather than the method of representation of individual objects»; information all correctly reported in the project, as verified at the request of the Court by the Polytechnic of Turin⁵⁵. In another ruling by the Liguria Regional Administrative Court, the issue of the ability to guarantee interoperability for the purposes of qualification of the economic operator, called upon to provide the design service in BIM, was examined in depth. Well, having clarified that one of the main merits of BIM consists in «allowing the continuous exchange of data necessary for the construction and subsequent operational life of the work», the Court went into the merits of the appeal, which challenged the failure to meet a qualification requirement for the design of a hospital consisting in the demonstration of having previously exchanged data with a certain format within a BIM model. In rejecting the claim, the Administrative Court pointed out that the rationale for such a request had to be found in the possession of adequate experience in the use of BIM, a requirement which could be demonstrated even without proof of specific previous experience with the exchange of data in a given format. In agreeing with the outcome, it should be pointed out how important it would be for a regulatory source, even a secondary one, to indicate the formats to be used for the realization of BIM models in the field of public procurement, as it is not possible to leave this identification to the contracting stations alone. This would entail, in fact, not only the risks of compromising interoperability if a format not widely used and not used by suppliers and other operators in the supply chain were chosen, but also a serious difficulty in assessing the operator's qualification, as happened in the present case⁵⁶.

On the overall, it can be said that the adoption of BIM in Italy has reached, on the regulatory level, an initial recognition, with imposition on the Contracting Stations through a sharable progressive mechanism. However, as has been pointed out, the adoption does not seem to have embraced the full benefits that could offer - and in other European systems it is offering - the transition to digital modelling, data interoperability and information sharing among all stakeholders to overcome

improving the substantial result that a certain activity prefigures» (our translation).

⁵⁵ Lombardy Regional Administrative Court, Milan, Section One, sentence no. 1210 of 29 May 2017 (our transaltion)

⁵⁶ Liguria Regional Administrative Court, Section I, Genoa, Section One, judgment no. 930 of 26 November 2018 (our transaltion).

AMBIENTEDIRITTO	

asymmetries. From the point of view of the impact of BIM on the traditional institutions of public procurement law, there is no serious impact, as well as the diffusion of best practices characterized by the use of collaborative agreements remains isolated and not yet significant⁵⁷. Nevertheless, it can now be considered a revolution in the discipline of public procuring, since it is unthinkable that the BIM revolution is limited to the purely design aspects of it.

7 – Statistical notes on the incidence of BIM in public tenders launched in Italy.

From the statistical analysis of the public procurement sector conducted in Italy by OICE (Confindustria) from 2018 to nowadays⁵⁸, some encouraging data emerge. In 2018, there was a number of tenders launched with the forecast of the use of BIM up by 263.9% compared to 2017, with a growth trend that was also confirmed in the first year of mandatory BIM (2019), expecting around 58.3% compared to the previous year. The figure seems to demonstrate that the interest in BIM does not entirely depend on the existence of regulatory constraints and, at least for 2018 where the obligation was not yet in force, is explained by the diffusion in our country of the first studies on the advantages of digital modeling. Analyzing now in more detail these data, it emerges that both in 2018 and 2019, a constant percentage, which is around 7% (6.95% in 2018, 6.9% in 2019), concerns framework agreements, by their nature more difficult to express in BIM due to the fragmentation of interventions and, indeed, precisely because of the latter feature, ideal ground to test the advantages of efficiency and rationalization of BIM. Analyzing only the tenders for engineering and architecture services for design, the use of BIM was requested in 19.7% of the calls issued in 2019, with a surprising result regarding the tenders above the Community threshold (where the request for BIM concerns 56.1% of the calls), but above all below the Community threshold, where, although not required by sector regulations, the Contracting Stations requested the development of the project in BIM in 21.5% of the calls.

Taking the type of infrastructure as a reference, in 85.4% of the cases the use of BIM was required for complex works of the "punctual" type, i.e. spread over a restricted area, with a high number of interferences between different phases and work areas. This type includes executive and office buildings, but also hospitals. Among the calls for tenders in BIM, linear works such as roads, motorways, viaducts, and tunnels occupy only 14.3%, even though the use of BIM in this field has proved to be very useful in other European experiences.

Taking, finally, the subjective nature of public procurers as a reference, the majority of public clients who opted for procuring with BIM belong to the central and peripheral state administration (35.8% of total calls for tenders), followed by municipalities (26.4%)

⁵⁷ The Centre of Construction Law and Management in Milan reported two virtuous examples of small Italian municipalities (Liscate and Melzo) that have opted for an experimental use of collaborative agreements. The Study Centre has also effectively translated the English FAC-1 into the Italian reality, with the drafting of an experimental protocol since 2016 accessible at the following link https://www.unimi.it/it/ricerca/innovazione-ricerca-e-imprese/ricerca-commissionata/modello-di-accordo-collaborativo-fac-1. This is in spite of the many public-private partnerships provided for in public procurement legislation. See the recent overview made in F. NICOTRA, Collaborare per migliorare il partenariato pubblico-privato, in Il diritto amministrativo, n. 5, 2020.

⁵⁸ https://www.oice.it/638197/rapporto-sulle-gare-bim-2019.

AMBIENTEDIRITTO	

and the concessionary companies on behalf of the State required to apply the Public Contracts Code (12.6%). Among the state administrations that were particularly zealous in the adoption of BIM, also thanks to fruitful collaborations with universities such as the Polytechnic University of Turin, there are ANAS S.p.A., responsible for the management, construction and maintenance of the Italian road and motorway network, and RFI S.p.A., responsible for the management, construction and maintenance of railway lines⁵⁹. In the absence of a uniform protocol, similar to the one offered by the English Construction Industry Council (CIC) mentioned above, these contracting stations are now also engaged in the difficult task of defining information specifications to guarantee the quality and effective interoperability of operations and to predetermine, albeit with a minimum degree of delay, the legal implications that the advent of such an instrument generates in a still highly traditionalistic and substantially unchanged regulatory context. The lack of a shared Protocol for the contractual regulation of BIM certainly seems to delay a full assimilation of digital modelling in the field of large works.

8. – Conclusions. The role of the jurist.

The scenario of procurement law has now changed even in those countries, such as Italy, where there is a delay in the adoption of BIM, and there is now a growing awareness that an approach to public works based on information asymmetries and conflict is destined to disappear. What seems to emerge from the analysis of the contracts launched in Italy in the last two years is an important diffusion of digital modelling, despite the fact that the adoption of BIM has not been fully mature and has not fully embraced the potentially beneficial effects offered.

If it is significant the number of Contracting Stations that have started the transition from the static CAD model to the dynamic and open model offered by the BIM, admittedly this corresponds to a real ability to manage the new forms of collaboration still underestimated at the moment, the picture that concerns private companies, not yet cared for by OICE, seems to give different results. The weak part of the chain risks being precisely the small and medium private enterprise, called (rectius, almost obliged) to make a costly transition in terms of time, investments, and efforts of its staff without sufficient attention from the Public Administration. It is clear, in fact, that if public demand wants to take advantage of BIM, private supply must rise to the challenge, not only by offering projects in BIM or by demonstrating that it knows how to create a complex work starting from a digital and informative representation of it, but also and above all by demonstrating that it knows how to grasp the underlying digital revolution. The mechanical adoption of BIM as a mere different design representation of the infrastructure or the work, without a backward cultural renewal in the way of doing business in the public procurement sector, would demonstrate a lack of technological understanding and would ultimately determine the non-qualification of the company in public tenders. A low diffusion of BIM among private companies is, however, first of all

⁵⁹ A clear example of this is the "white paper" on the use of Building Information Modelling, adopted since 2013 by Italferr S.p.A., a company of the RFI S.p.A. Group, dedicated to design services and accessible at the link: http://www.italferr.it/content/dam/italferr/expertise/innovazione/Innovare%20per%20progettare%20il%20futuro.pdf

AMBIENTEDIRITTO	

a damage for the Public Administration itself, which would see the competition of a sector already strongly affected by the most recent economic crises even more restricted.

On the other hand, if this risk were to materialize, the objectives of efficiency, integrity and disincentives to litigation that inspired the national Legislator to request, in the Code of Public Contracts, the passage to this different conception of the public contract, would be disregarded.

Finally, in this revolution, the greatest effort is required of small public procurers and private companies that want to continue to operate in the field of public procurement. However, the transformation required does not only cover the technical side of a public or private organization. The adoption of BIM has such significant and numerous legal implications that the transition to digital modeling without a complete knowledge of the tool by those who are called to regulate the relationship in the contract is a necessity from which no one, neither the public client nor the contractor nor the other operators in the production chain, can escape. The transition to BIM is already changing the essential structure of the contract, but it is also changing its essence, to the extent that, while waiting for clear indications from the Legislator, the general rules of civil law would already allow for "collaborative contracts". The jurist, especially the one engaged in the management of the contract and in the prevention of litigation, is required a deep knowledge of the new critical issues that BIM may involve, which is only partially taken into account in this paper. If all the public and private players are asked to change their traditional institutions, the jurist is required to make an even greater intellectual effort: to know how to understand and facilitate the cultural re-foundation of the dialectic of the relationship between public client and contractor, looking at the positive experiences of other European countries. If this step can be taken and extended also to private works, this will be to the advantage of efficiency in the broad sense that the construction sector, as mentioned in the introduction, needs for the definitive transition to industry 4.0.

AMBIENTEDIRITTO

TRA SALUTE E AMBIENTE: OSSERVAZIONI SUL RUOLO DEL DIRITTO DI FRONTE ALLA CRISI

Health and environmental crisis: considerations regarding the role of law

Paolo Pinto

Abstract (en): The necessity of a greater international collaboration has grown in importance in light of the recent epidemic caused by the new coronavirus. The current emergency is not only a major public health problem, but it represents a social, economical and psychological concern as well. Moreover, while the world is fighting a global health crisis, another issue that could lead to even more serious consequences requires sustained effort and immediate attention: the climate crisis. It is relevant to highlight that health and the ecosystem are not to be viewed as separated issues. Indeed, their correlation has important implications for the legal systems since an awareness on the necessity to handle the climatic crisis also in a public health perspective/dimension is to be encouraged. In this perspective, the United Nations' 2030 Agenda serves as a useful instrument. An holistic approach is to be required to achieve a type of sustainability that includes economic, social, environmental and institutional factors and is to be adopted as the only possible way to be prepared for facing the future environmental and health challenges

Abstract (it): L'epidemia derivante dalla diffusione del coronavirus ha portato il mondo a scoprirsi globale, palesando la necessità di una maggiore collaborazione internazionale. Quella in atto non è un'emergenza solo sanitaria, ma altresì sociale, economica e psicologica. Accanto a questa vi è, però, un altro pericolo che minaccia conseguenze ben più gravi: il cambiamento climatico. La consapevolezza circa le correlazioni che legano salute ed ecosistema impone agli Ordinamenti di occuparsi, anche in un'ottica di sanità pubblica, della crisi climatica. Un utile strumento in tal senso è rappresentato dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite; per una sostenibilità a tutto campo è necessario un approccio olistico ai fattori economici, sociali, ambientali ed istituzionali. Solo in questo modo sarà possibile influire sulle determinanti ambientali così da non farsi cogliere impreparati dalla prossima sfida, sia essa sanitaria o ambientale.

Keywords: coronavirus, environmental law, crisis, Agenda 2030, sustainable development

Parole chiave: coronavirus, diritto ambientale, crisi, Agenda 2030, sviluppo sostenibile

SOMMARIO: 1. Coronavirus e questione ambientale; **- 2.** Salute e ambiente: interessi primari non più distinguibili; **- 3.** Il ruolo del diritto: disporre e provvedere per risolvere.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Coronavirus e questione ambientale.

Tra la moltitudine di conseguenze negative derivanti dalla diffusione del virus SARS-CoV-2¹, ce n'è una – forse l'unica – positiva: quella che ha condotto il Mondo a scoprirsi *globale*.

È bastato un microorganismo acellulare di dimensione tra gli 80 e i 160nm a farci prendere atto che, nell'affrontare le questioni mondiali, i confini geografici diventano relativi e che, quindi, la soluzione non può essere la chiusura e l'isolamento tra i Paesi², ma deve necessariamente passare attraverso forme sempre maggiori di coordinamento e collaborazione internazionali.

Abbiamo sperimentato che, quella scaturita dal *nuovo coronavirus*³, non è un'emergenza solo sanitaria, ma altresì sociale, economica e psicologica: se è vero che il tanto criticato sistema sanitario nazionale, seppur allo stremo, si sta dimostrando capace di reagire a questo immane stress-test, altrettanto vero è che serissime sono le preoccupazioni destate dall'impatto della pandemia⁴ sull'economia, europea e mondiale⁵, sulla società⁶ e sulla tenuta del sistema Paese⁷. Ma – mentre il Mondo si mobilita, seppur con misure talvolta contestate⁸, per il contenimento e la mitigazione⁹ del virus SARS-CoV-2 – vi è un altro pericolo, altrettanto silenzioso ed invisibile, che minaccia (e continuerà a minacciare) conseguenze ben più gravi: il cambiamento climatico.

Non è stato dimostrato, al momento, alcun nesso diretto tra la pandemia in atto e la questione climatico-ambientale, ma ciò non significa che esse non possano essere,

¹ Questa l'abbreviazione per "severe acute respiratory syndrome coronavirus 2", il virus responsabile della patologia scientificamente nota come CoViD-19 (dove "CO" sta per corona, "VI" per virus, "D" per disease e "19" indica l'anno in cui si è manifestata). Per la differenza tra il nome del virus e la patologia che esso cagiona, cfr. WHO, Naming the coronavirus disease (CoViD-19) and the virus that causes it, in www.who.int.

² Cfr. LE MONDE, Ognuno deve fare la sua parte, trad. it., in Internazionale n. 1347, 28.2.2020, p. 15.

³ Nei *media*, tanto il virus (SARS-CoV-2) quanto la patologia (CoViD-19) sono generalmente indicati come *coronavirus* o *nuovo coronavirus*. Ad essere precisi, bisogna però osservare che i coronavirus sono un vasto *genus* di virus, fra loro diversi e differenti, che possono causare diverse infezioni, dal comune raffreddore a malattie più gravi come la MERS e la SARS, fino CoViD-19. Cfr. UFFICIO STAMPA ISS, *Coronavirus e nuovo coronavirus SARS-CoV-2 – FAQ*, in www.epicentro.iss.it.

⁴ Solo in data 11.3.2020 l'OMS ha dichiarato che il CoViD-19 può essere caratterizzato come una situazione pandemica.

⁵ Per l'Europa, cfr. REDAZIONE, *Gli effetti sull'economia*, in *Internazionale n. 1347*, 28.2.2020, p. 18; per la situazione globale, è stato calcolato che il contagio possa causare perdite per oltre 1.000 miliardi di dollari. Cfr. E. FITTIPALDI, *A lezione dal virus*, in L'Espresso 8 marzo 2020, p. 24. Si consideri che il Fondo Monetario Internazionale ha qualificato quella in atto come "Un'emergenza sanitaria globale che [...] potrebbe mettere a rischio la ripresa economica mondiale", cfr. REDAZIONE, *La globalizzazione alla prova del virus*, in ilbolive.unipd.it. ⁶ Sul punto, si pensi alla corsa collettiva per accaparrarsi (con un rincaro fino al +400%) le mascherine con filtro FFP2 o FFP3 che ha finito per lasciarne privi coloro che ne hanno realmente bisogno, come sanitari e contagiati.

⁷ L'11.3.2020 il Parlamento ha approvato, all'unanimità, l'autorizzazione allo "scostamento di bilancio" richiesto dal governo per affrontare le conseguenze economiche del coronavirus. Cfr. C. BUZZACCHI, *Scostamento di bilancio da coronavirus*, 13.3.2020, in www.lacostituzione.info.

⁸ Per il blocco italiano dei voli dalla Cina, cfr. l'opinione di Walter Ricciardi in N. BARONE - M. BARTOLONI, Coronavirus, dal panico allo scontro con le Regioni: 5 errori nella gestione dell'emergenza, 28.2.2020, in www.ilsole24ore.com; per il ritardo degli altri Paesi europei nell'attuare il c.d. lockdown cfr. REDAZIONE, Coronavirus: Francia, Germania e Regno Unito cambiano rotta, 17.3.2020, in www.repubblica.it.

⁹ Per la differenza tra mitigazione e contenimento, cfr. D. MACKENZIE, *Perché l'Oms non dichiara una pandemia di coronavirus*, 27.2.2020, in *Internazionale.it*.

AMBIENTEDIRITTO	

seppur mediatamente, tra loro collegate. Alcuni recenti studi sembrerebbero suggerire una stretta correlazione tra l'inquinamento atmosferico e la diffusione del coronavirus: l'esposizione ad aria inquinata faciliterebbe dei fattori (quali alta pressione sanguigna, diabete e malattie respiratorie) cui sarebbe associato un maggior tasso di mortalità da CoViD-19¹⁰.

Salute (pubblica) e ambiente sono stati troppo spesso considerati interessi irrelati sino al punto di far coincidere l'aumento della qualità della prima, verificatosi su scala globale negli ultimi settant'anni, con un degrado senza precedenti del secondo¹¹, il quale ora minaccia il benessere umano e quello dei sistemi naturali da cui esso dipende¹².

Quella ambientale è, infatti, questione abbastanza recente, nata solo negli anni Settanta del secolo scorso¹³ sulla scorta delle raggiunte evidenze scientifiche circa gli effetti delle tecniche agricole nocive e dell'abuso di prodotti chimici: i cittadini, con le prime manifestazioni, si mobilitarono per chiedere ai Governi azioni concrete per la difesa dell'ambiente¹⁴, nella consapevolezza che solo tutelando la salute della Terra si può tutelare quella di chi la abita.

Precedentemente, forse anche a causa della mancanza di un dibattito scientifico al riguardo, la comunità non avvertiva in maniera chiara l'importanza delle tematiche ambientali: non stupisce, allora, il "deficit culturale e lessicale" su di esse scontato dai Testi giuridici del secondo dopoguerra, tra cui la Costituzione italiana e la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del '48 e i Trattati istitutivi delle Comunità Europee del '57. V'è da dire, però, che la Repubblica seppe farsi ben presto interprete delle nascenti istanze sociali volte alla tutela dell'ambiente o, almeno, di alcuni suoi elementi significativi cruciale, al riguardo, fu la c.d. Commissione Franceschini i stituita nel 1964, la quale denunciò con fermezza il degrado e la scarsa valorizzazione in cui

¹⁰ Cfr. EUROPEAN PUBLIC HEALTH ALLIANCE, Coronavirus threat greater for polluted cities, 16.3.2020, in epha.org e cfr. K. YODER, One more way the world wasn't prepared for coronavirus: Air pollution, 19.3.2020, in grist.org. Ciò, ovviamente, non significa che il virus SARS-CoV-2 dipenda dall'inquinamento atmosferico, ma che le persone affette dalle condizioni croniche agevolate dall'inquinamento atmosferico possano essere meno in grado di combattere le infezioni. Per uno studio, curato dalla Società italiana di Medicina Ambientale, circa il ruolo di boost che la concentrazione di Pm10 e PM2,5 potrebbe avere sulla diffusione del CoViD-19, cfr. M.C. CERESA, Perché l'inquinamento da Pm10 può agevolare la diffusione del virus, 17.3.2020, in www.ilsole24ore.com.

¹¹ Cfr. D. PISELLI, Salute e determinanti ambientali: il ruolo della governance della salute globale, 2017, in asvis.it,

¹² Cfr. J. GUPTA e al., Communicating the health of the planet and its links to human health, in The Lancet 2019, in www.thelancet.com, 1.

¹³ Convenzionalmente, l'inizio del movimento ambientalista moderno viene individuato nella pubblicazione, nel 1962, del libro *Silent Spring* di Rachel Carson. Cfr. C. MOUGHTIN e al., *Urban Design: Green Dimension*, Oxford, 2005, 2 ss.

¹⁴ Si pensi, per esempio, che dopo la pubblicazione del libro *Silent Spring* di Rachel Carson, il DDT negli USA è stato vietato e si sono presi una serie di provvedimenti legislativi in materia di tutela ambientale.

¹⁵ Cfr. R. Ferrara in R. FERRARA – C.E. GALLO (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente (Vol. 1)*, Milano, 2014, 22.

¹⁶ Si ricordi, infatti, che per lungo tempo autorevolissima Dottrina dubitò dell'esistenza di una nozione giuridica unitaria di ambiente: secondo Massimo Severo Giannini "in realtà nel linguaggio normativo l'ambiente, per quanto di continuo evocato, non è definito né definibile, non ne sono precisate le condizioni d'uso, né è riducibile in enunciati prescrittivi", cfr. M.S.GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15.

¹⁷ *Id est* Commissione di indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio, istituita ex Legge del 26 aprile 1964, n. 310.

AMBIENTEDIRITTO	

versava il patrimonio culturale del Paese¹⁸ ed elaborò proposte fondamentali alla nascita, avvenuta dieci anni dopo, del Ministero dei Beni Culturali e Ambientali¹⁹. Essenziale fu anche l'apporto del mondo dell'imprenditoria: fu dall'incontro tra lo scienziato Alexander King e l'imprenditore Aurelio Paccei che "scaturì la scintilla che doveva dare origine, nell'aprile del 1968, al Club di Roma"²⁰, il consesso di scienziati, economisti e industriali desiderosi di "capire la problematica mondiale e cercare in qualche modo di contribuire alla sua risoluzione"²¹.

Ambiente e sviluppo trovarono una seppur timida cittadinanza nell'agenda politica mondiale solo nel 1972 grazie alla *Conferenza dell'ONU per l'Ambiente Umano* di Stoccolma e al Rapporto *The Limits to Growth*, commissionato dal Club di Roma ad alcuni scienziati del Massachusetts Institute of Technology (MIT). La prima, radicata nell'alveo del diritto internazionale, sancì il diritto ad un ambiente salubre²² e, consequenzialmente, riconobbe la necessità di una migliore gestione delle risorse naturali, da perseguire con un approccio economico-giuridico globalmente condiviso²³; il secondo, redatto a partire da un modello computerizzato circa le future conseguenze economico-ambientali²⁴, avvertì "che la crescita della popolazione, l'avanzare dell'industrializzazione, i livelli crescenti di inquinamento e dello sfruttamento indiscriminato delle risorse, avrebbero comportato il sicuro superamento dei limiti che il pianeta può offrirci"²⁵, i c.d. *planetary boundaries*, attorno alla metà del XXI secolo²⁶.

Da allora, crescente è stata la sensibilità, almeno formale, degli Ordinamenti alla sostenibilità: nozione dalla portata giuridica ancora incerta che ne coinvolge molti interessi primari, quali salute, ecosistema e mercato.

2. Salute e ambiente, interessi primari non più distinguibili.

Gli studi dedicati alle correlazioni che legano salute e ambiente sono diventati sempre più numerosi, nell'ormai raggiunta consapevolezza che il cambiamento climatico è un problema (anche) di salute.

La Scienza ĥa posto agli Ordinamenti l'esigenza di tutelare salute e ambiente quali interessi primari non più distinguibili²⁷: è ormai evidente, dunque, la necessità che il

¹⁸ La c.d. Commissione Franceschini offrì una definizione di beni culturali, intesi quali quelli d'interesse storico, archeologico, artistico, ambientale, archivistico, librario, nonché – più in generale qualsiasi altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà.

¹⁹ Istituito da Giovanni Spadolini con decreto-legge 14 dicembre 1974, n. 657.

²⁰ Cfr. U. COLOMBO, *Prefazione* a Lezioni per il ventunesimo secolo. Scritti di Aurelio Peccei, a cura della Fondazione Aurelio Peccei, Roma 1993. Quest'ultimo prese contatto con Peccei e dal loro incontro (1993, p. XIII).

²¹ Cfr. R. PECCEI, Aurelio Peccei e i limiti dello sviluppo, in www.treccani.it, sub Verso l'abisso: Project 1969 e la nascita del Club di Roma. Sull'originario.

²² Cfr. M. MALO, *Il valore dell'ambiente negli ordinamenti giuridici*, in M. MALO (a cura di), *Giustizia per l'ambiente: pace per la comunità*, Padova, 2019, 39.

²³ Cfr. L. Franzese, Sviluppo sostenibile, in P. Bellotti e al., Protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile, Padova, 2017, 249.

²⁴ Cfr. U. LEONE, *Il Club di Roma*, 50 anni dopo con gli stessi dilemmi, in ilbolive.unipd.it.

²⁵ Cfr. A. STEFANI, L'Agenda 2030 e l'impegno quotidiano per lo sviluppo sostenibile, 2019, in Blog EMET.

²⁶ Cfr. D.H. MEADOWS e al., *The limits to Growth*, New York, 1972, 21 e passim.

²⁷ Cfr. EDITORIALE THELANCET, *The bigger picture of planetary health*, in *The Lancet Planetary Health*, 3/2019, in www.thelancet.com, e1.

AMBIENTEDIRITTO	

Diritto si occupi, anche in un'ottica di salute pubblica, della questione climaticoambientale.

Difatti, se scopo del diritto è preservare la pace sociale *ne cives ad arma ruant* (affinché i cittadini non vengano alle armi), non è possibile trascurare un fattore – i.e. il clima ed i suoi mutamenti – che si è ritenuto aver influenzato "tra il 3% e il 20% del rischio di un conflitto armato"²⁸ (con un'incidenza destinata a crescere).

Se la salute è "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività"²⁹, è necessario essere più ambiziosi nel proteggere l'ambiente – il cui maltrattamento "favorisce l'insorgere di malattie infettive a rischio epidemico"³⁰ – e nell'affrontare il cambiamento climatico – con il quale "la diffusione di nuovi virus sarà più frequente"³¹.

Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) stiamo assistendo ad un evidente aumento delle malattie infettive, di cui alcune – come quelle rientranti nel gruppo SARS³² (tra cui appunto il SARS-CoV-2) – di nuova diffusione. Secondo gli esperti, ciò "riflette l'impatto combinato di rapidi cambiamenti demografici, ambientali, sociali, tecnologici e di altro tipo nel nostro modo di vivere"³³. Fermo restando che lo scopo di queste riflessioni non è, ovviamente, quello di criticare le misure poste in essere per il contenimento e la mitigazione del *coronavirus*, non ci si può non interrogare sul perché la preoccupazione che questo desta tra la popolazione, i media e le istituzioni sia notevolmente maggiore di quella suscitata dalla crisi climatica³⁴.

Vi è, evidentemente, una distorsione, un *bias*, nella percezione del rischio e dei pericoli: ci allarmiamo (e giustamente) di fronte alla minaccia del virus SARS-CoV-2 perché, seppur invisibile, *vediamo* che ci può colpire qui e ora; tendiamo invece ad ignorare la crisi climatico-ambientale credendo (o convincendoci) che i suoi effetti siano lontani da noi, nel tempo e nello spazio³⁵.

Le cose, però, non stanno così: benché il cambiamento climatico sia, a livello concettuale, più etereo di un virus, le sue conseguenze sono ormai visibili e palpabili (si pensi agli incendi che hanno colpito l'Australia nel 2019³⁶, all'aumento dei fenomeni meteorologici estremi³⁷ e all'acidificazione degli oceani³⁸).

²⁸ Cfr. M. SOPELSA, *Il cambiamento climatico: fattore di rischio per le guerre*, in ilbolive.unipd.it; per lo studio di riferimento, cfr. MACH, K.J., KRAAN, C.M., ADGER, W.N. et al. *Climate as a risk factor for armed conflict*, in *Nature 571*, 193–197 (2019).

²⁹ Art. 32, Cost.

³⁰ Cfr. F. SUMAN, Punto cieco nella prevenzione delle pandemie: la tutela dell'ambiente, in ilbolive.unipd.it.

³¹ Cfr. E. GIOVANNINI, *Shock senza precedenti ecco cosa si può fare*, in L'Espresso 8 marzo 2020, p. 31. Nello stesso senso, cfr. Anche WHO, *Climate change and human health - risks and responses. Summary*, in www.who.int, sub §6 *Climate change and infectious diseases*. Trad. nostra. Per il rischio del rilascio di "nuovi" batteri derivante dallo scioglimento del permafrost, cfr. J. FOX-SKELLY, *There are diseases hidden in ice and the are waking up*, 4.5.2017, in www.bbc.com/earth.

³² Acronimo per severe acute respiratory syndrome.

³³ Cfr. WHO, Climate change, cit., sub §6 Climate change and infectious diseases. Trad. nostra.

³⁴ Sul ruolo che la paura ha avuto nel determinare l'ampiezza della copertura giornalistica a proposito del coronavirus, cfr. G. DE MAURO, *Prevalenza*, in www.internazionale.it.

³⁵ Cfr. G. SILVESTRINI, *Clima e coronavirus, le strette relazioni delle emergenze globali*, 2.3.2020, in www.qualenergia.it

³⁶ Cfr. REDAZIONE, *Il primo colpevole degli incendi è il climate change*, 8.1.2020, in www.wwf.it, e THE ECONOMIST, *Gli incendi in Australia alimentano il dibattito sulla crisi climatica*, 3.1.2020 in www.internazionale.it.

³⁷ Cfr. UFFICIO STAMPA COMMISSIONE UE, Le conseguenze dei cambiamenti climatici, in ec.europa.eu e G. DI DONFRANCESCO, Il climate change ridurrà allo stremo 200 milioni di persone ogni anno, 19.9.2019, in ww.ilsole24ore.com.

AMBIENTEDIRITTO	

Anche se gli impatti più gravi si renderanno (più) evidenti sono nel medio e lungo periodo, gli effetti, diretti e indiretti, della crisi climatico-ambientale sull'uomo sono ormai attuali: l'esposizione a fattori ambientali è ritenuta responsabile del 23% delle morti nel Mondo³⁹, con un totale di circa 13 milioni di decessi, di cui 500mila in Europa⁴⁰ e 84mila in Italia⁴¹, che si potrebbero prevenire con interventi mirati sulle c.d. *determinanti ambientali*⁴². Si stima, inoltre, che entro il 2030 i costi sanitari del solo cambiamento climatico oscilleranno globalmente tra i 2 e i 4 miliardi di dollari l'anno e che tra il 2030 e il 2050 esso provocherà ogni anno 250mila morti in più⁴³.

Cifre, dunque, ben più tragiche di quelle (già drammatiche e destinate comunque a crescere) legate al nuovo coronavirus, per il quale, dall'inizio dell'epidemia, sono stati confermati più di 200.000 casi, per un totale di più di 8.000 decessi⁴⁴.

3. Il ruolo del diritto: disporre e provvedere per risolvere.

Quale, in una crisi che spazia tra salute e ambiente, il ruolo del diritto?

Di fronte al virus SARS-CoV-2, il Mondo (e con esso l'Italia) si è fatto cogliere impreparato; cosa può e deve fare il Diritto affinché lo stesso non avvenga con una sfida, quella climatica, che minaccia di essere ben più difficile? È indubbio che la tutela di salute e ambiente implica, in un'ottica di sostenibilità, la necessità di affrontare dei problemi complessi (forse i più grandi del nostro tempo⁴⁵) per i quali – come ebbe a dire G. B. Shaw – c'è sempre una soluzione semplice, che è però sbagliata.

È altrettanto indubbio, però, che non abbiamo più tempo, anzi che siamo in netto ritardo. Con un gioco di parole che non ha nulla di giocoso: bisogna prendere atto, senza fare catastrofismi, che stiamo andando verso una catastrofe.

La nostra inerzia costa, e la paghiamo con l'unica cosa che (forse) possediamo: il tempo. Nel 2010 stimavamo di avere ancora 30 anni davanti a noi per cercare di limitare gli effetti della crisi climatica; oggi il nostro margine di azione si è ridotto, a causa della nostra ignavia, a 10 anni⁴⁶.

³⁸ Cfr. A. PASINI, *Acidificazione degli oceani e global warming*, 11.12.2013, in Le Scienze Blog, in pasini-lescienze.blogautore.espresso.repubblica.it.

³⁹ Cfr. WHO (A PRÜSS-USTÜN e al.), *Preventing disease through healthy environments*, 2016, p. VIII; si parla al riguardo di *environmentally mediated disease*.

⁴⁰ Cfr. E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Bari, 2018, V (per l'Europa) e WHO NEWS RELEASE 15.3.2016, *An estimated 12.6 million deaths each year are attributable to unhealthy environments*, in www.who.int (per la situazione globale).

⁴¹ Cfr. AGENZIA EUROPEA PER L'AMBIENTE, *Morti premature attribuibili all'inquinamento atmosferico*, in *www.eea.europa.eu*. Secondo E. GIOVANNINI, *L'utopia*, cit., V, in Italia i decessi per patologie legate all'inquinamento sarebbero invece 60mila.

⁴² Cfr. REDAZIONE EPICENTRO, Oms: l'esposizione ambientale responsabile di quasi un quarto di tutte le malattie, in www.epicentro.iss.it.

⁴³ Cfr. M. HESSELMAN – B. TOEBES, *The Human Right to Health and Climate Change: A Legal Perspective*, 2015, Groningen, in www.rug.academia.edu, 1.

⁴⁴ Per i dati, costantemente aggiornati, cfr. JOHN HOPKINS UNIVERSITY MEDICINE, *Coronavirus Resource Center*, in coronavirus.jhu.edu.

⁴⁵ Sul punto, celebre la frase dell'allora Segretario delle Nazioni Unite Kofi Annan "*La nostra più grande sfida in questo nuovo secolo è prendere un'idea che sembra astratta - lo sviluppo sostenibile - e trasformarla in una realtà per tutte le persone del mondo*" (2001).

⁴⁶ Cfr. N. HÖHNE e al., *Emissions: world has four times the work or one-third of the time*, 4.3.2020, in www.nature.com e, per l'analisi a questo, cfr. S. BELARDINELLI, *Crisi climatica, ora o mai più: l'accorato appello su*

AMBIENTEDIRITTO	

Vi è una frase, attribuita a J.F. Kennedy, che – anche se probabilmente falsa – può offrire un fecondo stimolo di riflessione: "Scritta in cinese la parola *crisi* è composta di due caratteri. Uno rappresenta il pericolo e l'altro rappresenta l'opportunità".

Speriamo allora che la *crisi* in atto, di cui ora stiamo vedendo solo il carattere che rappresenta il *pericolo*, ci insegni a leggere anche quello che indica l'*opportunità*.

Difatti, benché ci abbia trovati impreparati, la pandemia non era certo imprevedibile; anzi, era stata prevista. Nel 2018, nell'annuale rapporto circa le malattie foriere di potenziali emergenze sanitarie globali, l'OMS aveva indicato la *Malattia X*, con caratteristiche simili al CoViD-19⁴⁷, la quale "rappresentava la consapevolezza che una grave epidemia internazionale potrebbe essere cagionata da un agente di cui non è al momento nota la capacità di cagionare patologie umane" e la cui probabilità di comparsa andava aumentando⁴⁹. Quello che stiamo affrontando in questi giorni, e con le cui conseguenze dovremo fare i conti ancora a lungo, è il quinto virus aggressivo in poco più di quindici anni⁵⁰: anche se non sappiamo quando, sappiamo già che – in un tempo ragionevolmente breve – ce ne sarà un sesto.

In giorni come questi, nei quali respiriamo la paura, la lucidità aumenta e ci porta a vedere, a toccare con mano, che "la salute pubblica ha [è] una priorità superiore" ⁵¹ da tutelare e preservare "whatever it takes" ⁵², per usare una locuzione divenuta ormai celebre. E allora il Diritto può avere – forse – qualcosa da dire.

L'Ordinamento deve, già da ora, adoperarsi per non farsi cogliere impreparato dalla prossima sfida (sia essa sanitaria o ambientale), la cui portata potrebbe essere ben maggiore di quella in corso; nel fare ciò, gli errori compiuti nell'affrontare il coronavirus siano monito indelebile.

La risposta, sia su scala globale che all'interno di ogni singolo Ordinamento, non può che passare attraverso una visione integrata dei fattori che coinvolgono salute, ambiente, economia e i tessuti sociali.

Un prezioso pungolo per agire in tal senso è rappresentato dall'*Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*⁵³, l'insieme di linee guida e di azioni approvato all'unanimità dai 193 Paesi membri dell'ONU nel settembre 2015 e la cui prima attuazione è stata l'*Accordo di*

Nature, 16.3.2020, in ilbolive.unipd.it.

⁴⁷ Secondo Peter Daszak, uno dei membri del comitato autore del Rapporto OMS, "In poche parole, CoViD-19 è la malattia X", cfr. P. DASZAK, *We Knew Disease X Was Coming. It's Here Now*, 27.2.2020, in www.nytimes.com.

⁴⁸ Cfr. ONU, 2018 Annual review of diseases prioritized under the Research and Development Blueprint, 2018, www.who.int. Trad. nostra.

⁴⁹ Cfr. F. SUMAN, *Punto cieco*, cit.

⁵⁰ Dal 2003, si sono succedute la Sars, l'influenza aviaria, la Mers mediorientale, l'Ebola africana e ora, appunto, il CoViD-19

⁵¹ Cfr. M. MONTI, È il momento di varare buoni per la salute pubblica, in Il Corriere della Sera, 13.3.2020, p.28.

⁵² Era il 26 luglio 2012, quando il Presidente della BCE Mario Draghi – nel mezzo della crisi del debito sovrano – dichiarò "Nei limiti del nostro mandato, la Bce è pronta a fare qualsiasi cosa per salvare l'euro. E credetemi, sarà abbastanza"

⁵³ Cfr. Assemblea Generale ONU, Ris.A/RES/70/1 - Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, 2015.

AMBIENTEDIRITTO	

Parigi, il primo patto (quasi) universale sul clima⁵⁴ connotato, almeno per chi lo ratifichi e non lo denunci, da efficacia legale vincolante⁵⁵.

L'Agenda 2030 si radica nella nozione di sostenibilità a tutto campo delineata dal Rapporto Brundtland⁵⁶, la quale impone di affrontare i temi su cui poggiano i suoi quattro pilastri (i.e. in ambiente, economia, questioni sociali e governace) in maniera trasversale al fine di bilanciare le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: crescita economica, inclusione sociale, tutela dell'ambiente. Essa costituisce dunque un piano di azione globale connotato da un approccio olistico ai fattori economici, sociali, ambientali e istituzionali e alle loro interdipendenze.

I 17 Goal di cui si compone sono, infatti, tra loro profondamente intrecciati e si influenzano reciprocamente con correlazioni dirette e *trade-off* inversi⁵⁷: la sfida a cui essi chiamano è quella di varare misure che, sin dalla pianificazione normativa, siano tra loro coordinate al fine di favorire sinergie ed evitare interferenze, e che riescano a coinvolgere tutti gli attori sociali, pubblici e privati⁵⁸.

Tra i propositi sanciti nel Goal 3, intitolato *Salute e benessere*, vi è, al punto 3.3., la riduzione del rischio di malattie infettive globali; ma è evidente che per il raggiungimento di questo scopo entreranno in gioco anche altri Obiettivi: fra tutti il Goal 11, *Città e comunità sostenibili*, e il Goal 15, dedicato alla conservazione degli ecosistemi terrestri.

Infatti, se è vero che il riscaldamento globale minaccia di rilasciare "nuovi" virus⁵⁹ e di rendere più persistenti quelli già in circolazione, altrettanto vero è che "l'urbanizzazione di zone selvagge avvicina l'uomo ad animali portatori di potenziali patogeni, a cui diamo semaforo verde per fare il cosiddetto «salto di specie »"⁶⁰.

La comparsa di zoonosi, ossia di malattie trasmesse naturalmente dagli animali all'uomo, è difatti resa più probabile dall'alterazione antropogenica dell'ambiente naturale, causata – fra gli altri – dalla deforestazione, da un'espansione incontrollata dei terreni ad uso agricolo e dell'allevamento intensivo⁶¹. Ciò, ovviamente, non significa che il problema stia nella natura in quanto tale, quanto piuttosto nel modo in cui l'umanità

⁵⁴ Al momento della firma dell'Accordo di Parigi, solo due Stati avevano rifiutato: Nicaragua e Siria. Il primo ha firmato il 24 ottobre 2017, la seconda poco più di dieci giorni dopo (il 7 novembre 2017) ha dichiarato la propria adesione al Patto. Rimangono dunque esclusi solo gli Stati Uniti d'America, i quali comparivano tra gli originari firmatari ma che hanno manifestato l'intenzione di ritirarsi dall'Accordo, ritenendolo un trattato 'ingiusto'.

⁵⁵ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Accordo di Parigi, in ec.europa.eu.

⁵⁶ Secondo tale Rapporto, è sostenibile è quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri.

⁵⁷ Cfr. ASviS, Rapporto ASviS 2017, Roma, 2017, in asvis.it, 112 e ss.

⁵⁸ Cfr. N. SARTORI e al., *Private Sector Contributions to the Agenda 2030 for Sustainable Development: The Case of Italy, 2018, in www.iai.it, 1.*

⁵⁹ Cfr. A. PINCHERA, *CoViD-19*, *clima e nuovi virus*, 17.3.2020, in www.vglobale.it, sul pericolo che lo scioglimento del permafrost rappresenta per la diffusione dei virus in essi congelati.

⁶⁰ E. FITTIPALDI, *A lezione*, cit., p. 22. Cfr. F. SUMAN, *Punto cieco*, cit., secondo cui dei 1400 patogeni umani già conosciuti (tra batteri, parassiti, funghi, virus e protozoi), il 60% sono di natura zoonosica, ovvero di origine animale

⁶¹ Cfr. F. SUMAN, *Punto cieco*, cit. e, per la relazione tra la perturbazione degli ecosistemi e l'agevolazione del c.d. salto di specie dei virus, cfr. T. PIEVANI, *L'editoriale. Coronavirus: uno sguardo evoluzionistico*, in ilbolive.unipd.it. Cfr. anche M. BUSSOLATI, *Perché crisi climatica, consumo del suolo, inquinamento e coronavirus sono legati a doppio filo*, 26.2.2020, in it.businessinsider.com.

AMBIENTEDIRITTO	
 AMDIENTEDIKITIO	

interagisce con essa⁶²: l'uomo, aggressore della natura, rischia sempre più di diventarne anche soggetto aggredito⁶³.

È evidente, allora, che per far fronte a problemi interconnessi servono soluzioni che siano multisettoriali o, meglio, olistiche. Occorre mettere in atto le strategie per "riorientare con decisione il sistema socio-economico in direzione della sostenibilità" ⁶⁴ per condurre l'Ordinamento su un sentiero – quello dello sviluppo sostenibile – su cui né Italia né Europa né il Mondo ora si trovano⁶⁵.

Il Diritto dovrà apportare il proprio fondamentale contributo mettendosi al servizio (ma senza esserne servitore) delle evidenze scientifiche, al fine di prendere consapevolezza, anche a livello normativo, delle strette correlazioni che legano salute e ambiente e attuare "uno sviluppo davvero sostenibile" 66 che di questo legame tenga conto. Per fare ciò è necessaria una nuova consapevolezza: quella che ha condotto il Mondo a scoprirsi *globale*.

⁶² Cfr. REDAZIONE, *I nuovi virus non arrivano solo per caso*, in www.ilpost.it; per il rapporto tra tutela della biodiversità e origini delle zoonosi, cfr. WWF, *Tutelare la salute umana conservando la biodiversità*, in www.wwf.it.

⁶³ Cfr. M.S.GIANNINI, *Ambiente*, cit. 39 e F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il Diritto dell'Economia*, 2002, p. 215 ss.

⁶⁴ Cfr. CepEA, Un clima di giustizia, Documento sui cambiamenti climatici, in Aggiornamenti Sociali, 12/2018, 823-4

⁶⁵ Cfr. ASviS, Rapporto ASviS 2018, Roma, 2018, in asvis.it, passim.

⁶⁶ Cfr. G. SABATO, Per uno sviluppo sostenibile a prova di pandemie, 6.3.2020 www.lescienze.it.

AMBIENTEDIRITTO

LOTTIZZAZIONE ABUSIVA E PRESCRIZIONE.

DALLE SEZIONI UNITE VIA LIBERA ALLA "CONFISCA NOMOFILATTICA".

Osservazioni a margine della sentenza del 30 aprile 2020, n. 13539, ragionando su "riserva di codice", relazione "Marasca" e valutazione di proporzionalità secondo i principi enunciati dalla grande camera nella sentenza del 28 giugno 2018 (Case of G.I.E.M. S.R.L. and others V. ITALY).

Lorenzo Bruno Molinaro

Abstract [En]: This legal paper critically addresses the decision-making process underlying the recent judgment of the united sections of Italian Supreme Court (April 30th, 2020 n. 40380), regarding illegal lotting and confiscation, with particular reference to the affirmed denial of the "complementary" criminal action about the assessment of the proportionality of the ablation measure, according to the principles set out by the Grand Chamber in the well-known sentence of June 28th, 2018 (Case of GIEM s.r.l. and Others v. Italy), following the ascertained prescription of the crime and annulment without postponement of the sentence handed down by the trial judge against the perpetrator of the offense. The work envisages, among other things, a different reading of the new article 578-bis of the criminal procedure code ("decision on confiscation in particular cases in the event of extinction of the crime by amnesty or prescription") based not already on the literal interpretation of the norm, with an uncertain and bivalent meaning, but on the examination of the preliminary works and on the search for the effective will of the "delegating" legislator.

SOMMARIO: 1. Premessa; **2.** L'ordinanza di rimessione della terza sezione penale della cassazione del 2 ottobre 2019, n. 40380; **3.** I passaggi salienti della motivazione della sentenza delle sezioni unite del 30 aprile 2020, n. 13539, con la quale è stata confermata la confisca applicata dal giudice di merito, escludendosi la c.d. "azione penale complementare"; **4.** L'articolo 578-bis c.p.p. tra "riserva di codice" e lavori preparatori (relazione "marasca" e relazione illustrativa); **5.** il profilo della proporzionalità della confisca con particolare riferimento alle sentenze della Corte Edu Sud fondi s.r.l. e altri c. Italia del 20 gennaio 2009 e (grande camera) G.i.e.m. s.r.l. ed altri c. Italia del 26 giugno 2018; **6.** Considerazioni finali.

^{*}Avvocato cassazionista e cultore di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Premessa.

Giuseppe Zanardelli, Ministro della Giustizia in carica nell'anno 1889, passato alla storia per aver fatto approvare il primo codice penale dell'Italia Unita¹ considerato tra i più liberali dell'epoca, si diceva convinto, nella Relazione al Re, che << ... le leggi devono essere scritte in modo che anche gli uomini di scarsa cultura possano intenderne il significato; e ciò deve dirsi specialmente di un codice penale, il quale concerne un grandissimo numero di cittadini anche nelle classi popolari, ai quali deve essere dato modo di sapere, senza bisogno d'interpreti, ciò che dal codice è vietato >>. Lo stesso Zanardelli auspicava, inoltre, che, per porre un argine alle continue oscillazioni giurisprudenziali e per sopire gli accesi contrasti interni alle Sezioni della Corte di Cassazione penale, all'indomani della sua unificazione, venisse consentito alle "Sezioni Riunite" di svolgere "una funzione quasi legislativa", al duplice scopo di garantire uniformità di indirizzi e tenuta del sistema.

Dopo aver letto la sentenza delle Sezioni Unite n. 13539 del 30 aprile 2020 (Pres. Carcano, Rel. Andreazza), sicuramente rivoluzionaria per i principi affermati e di portata dirompente nel dialogo tra Corti², posso affermare che l'auspicio di Zanardelli si è sostanzialmente avverato³. Al tempo stesso, però, ho riflettuto amaramente sulla nostra produzione legislativa che continua ad essere di pessima qualità, volatile, stratificata, il più delle volte incerta e bivalente, come testimoniato dalla ambiguità semantica della formulazione dell'articolo 578 bis c.p.p.,⁴ inserito nel codice di rito dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1[^] marzo 2018, n. 21, recante disposizioni di attuazione del principio di delega della "riserva di codice" in materia penale⁵. Il richiamo non è casuale perché è proprio su questa norma, una sorta di "Giano Bifronte", che fa leva la parte più significativa e innovativa della sentenza in commento, laddove si evidenzia che << l'art. 578-bis non si è limitato a richiamare la "confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca "prevista dall'articolo 322-ter del codice penale"; è pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale >>. Sulla base di tale motivazione, le Sezioni Unite sono, dunque,

¹ Il codice penale, approvato con regio decreto 30 giugno 1889 n. 6133 (pubblicato in Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Roma, 1889, n. 6133), è entrato in vigore il 1[^] gennaio 1890 ed è stato ufficialmente abrogato in toto solo il 16 dicembre 2010 con d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212, in attuazione della legge 28 novembre 2005, n. 246.

² Sulle ragioni della cooperazione tra i diversi attori coinvolti nella tutela multilivello dei diritti, cfr. Francesca Biondi, "Quale dialogo tra le Corti", in Federalismi.it, n. 18 del 2 ottobre 2019.

³ In ordine agli effetti del "case law" (diverso dallo "statute law") nei modelli di ordinamento di Common law, v. Raimonda Tomasino, "Il valore del precedente: un'analisi critica", in Magistratura, numero 3/4 luglio - dicembre 2010.

⁴ In tema, con specifico riferimento alle criticità della norma, v. Antonino Pulvirenti, Il difficile connubio dell'art. 578-bis c.p.p. con la "sentenza Giem" della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d'innalzamento del livello (interno) di tutela, in Archivio Penale, 30 giugno 2019 (Fascicolo n. 2/2019, Web).

⁵ Sull'argomento, v. Silvia Bernardi, Il nuovo principio della 'Riserva di Codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa, in Diritto Penale Contemporaneo, 9 aprile 2018 (Fascicolo n. 4/2018).

pervenute alla conclusione che, anche in caso di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, in assenza di un divieto esplicito ricavabile dal testo della norma, il giudice è applicare la confisca, sanzione icasticamente definita sempre ad "amministrativa" 6 ma di natura sostanzialmente penale 7 per la sua spiccata gravità e pervasività, in quanto comportante una "ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento al rispetto dei beni". Alla applicazione (o conferma) della confisca, secondo i supremi giudici, non può sottrarsi nemmeno la Cassazione allorquando annulla la sentenza di condanna senza rinvio: ciò che si è appunto verificato nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, disattendendosi, contro ogni previsione, le richieste della Sezione Terza (Pres. Lapalorcia, Rel. Rosi) contenute nella ordinanza di rimessione del 2 ottobre 2019, n. 40380, che, al di là del quesito formulato (confisca sì, confisca no), aveva dato, comunque, per scontato, in caso di risposta affermativa, l'esito dell'annullamento con rinvio sia pure al solo fine di consentire al giudice di merito di valutare la proporzionalità della misura8, non potendo - di certo - provvedervi il giudice di legittimità, estraneo a tale compito in quanto incompatibile con l'esercizio della funzione nomofilattica.

Identica opinione aveva, del resto, espresso, nella sua requisitoria del 30 gennaio 2020, anche il P.G. (Fimiani), che aveva, infatti, concluso chiedendo "l'annullamento senza rinvio per essere il reato estinto per prescrizione e con rinvio limitatamente alla statuizione relativa alla confisca"9. Ma di tali aspetti si dirà più diffusamente nel prosieguo della presente trattazione poiché l'effettiva intenzione del legislatore circa l'ambito di operatività dell'articolo 578-bis c.p.p. era completamente diversa ed anzi di segno diametralmente opposto rispetto alla tesi poi propugnata dalle Sezioni Unite, come desumibile dai lavori preparatori ed in particolare dalla Relazione della Commissione presieduta dal Dott. Gennaro Marasca (già Presidente titolare della V Sezione penale della Corte di Cassazione) istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 3 maggio 2016, cui era stato attribuito l'incarico di procedere alla elaborazione di una proposta attuativa della delega di recepimento del principio della c.d. "tendenziale riserva di codice in materia penale". Mi si obietterà già da ora che ai lavori preparatori può riconoscersi soltanto "valore sussidiario" nella interpretazione della legge, trovando un limite nel fatto che la volontà da essi emergente non può mai sovrapporsi alla volontà obiettiva della legge quale risulta dal dato letterale. Senonché, come già anticipato, l'articolo 578-bis

⁶ Sulla differenza tra la sanzione amministrativa della confisca irrogata dal giudice una volta accertato il reato di lottizzazione abusiva e la misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., v. Luca Ramacci in "Diritto penale dell'ambiente", nonché, in giurisprudenza, fra le tante, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350; Cass. pen., Sez. 3, 30 aprile 2009, n. 21188; Cons. Stato, Sez. 5, 27 maggio 2014, n. 2711; T.A.R. Puglia Bari, Sez. II, 12 gennaio 2012, n. 151.

⁷ Sulla natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica, v. Antonella Massaro, Confisca Urbanistica e condanna sostanziale: la Grande Camera della Corte Edu conferma la lettura proposta dalla Corte Costituzionale italiana, in Giustizia Insieme, 18 novembre 2018.

⁸ In ordine alla relazione dicotomica fra giurisprudenza della Corte costituzionale e dei giudici comuni, da un lato, e pronunce della Corte EDU, dall'altro, in tema di applicazione di sanzioni edilizie produttive di possibili violazioni di diritti fondamentali protetti dalla CEDU, v. l'interessante contributo di Enrico Bonelli, Effettività del sistema sanzionatorio e tutela dei diritti fondamentali protetti dalla Cedu, in Federalismi.it, 19 dicembre 2018; pur sempre in tema di rapporto tra sanzione ablatoria e principi convenzionali, v. anche Francesco Paolo Garzone, La "proporzionalità" della confisca urbanistica: la Cassazione "vanifica" il contenuto della pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in Diritto.it, 21 marzo 2019.

⁹ La requisitoria del Procuratore Generale è pubblicata, a corredo della Informazione Provvisoria n. 2/20 della sentenza delle Sezioni Unite penali del 30 gennaio 2019, in LexAmbiente.it, 4 febbraio 2020.

AMBIENTEDIRITTO	

c.p.p. è una norma attuativa di funzione legislativa delegata secondo quanto previsto dagli articoli 76 e 77 della Costituzione. E allora è fuor di dubbio che, per comprenderne l'esatto significato, debba farsi riferimento all'orientamento della Corte Costituzionale espresso nella sentenza del 17 luglio 2000, n. 292¹⁰, che ha statuito, sul punto, quanto segue: << La valutazione di conformità di una legge di delega all'art. 76 della Costituzione secondo cui "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato ed oggetti definiti" non può prescindere dalle finalità ispiratrici della delega e dal suo complessivo contenuto normativo. L'esigenza della determinazione di principi e criteri direttivi e della definizione dell'oggetto della delega è tanto più pressante quanto meno delimitato e specifico è il compito affidato al legislatore delegato. D'altro canto anche per le leggi di delega vale il fondamentale canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che le ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità >>. Nella specie, proprio dai lavori parlamentari - il ricorso ai quali, come sottolineato dallo stesso giudice delle leggi, "è rilevante per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati" - si evince, senz'ombra di equivoco, che la lottizzazione abusiva, essendo per di più un reato contravvenzionale e non un delitto e trovando specifica collocazione nel d.P.R. n. 380/01, che disciplina in modo organico la materia, non può farsi rientrare nella "riserva di codice". Ma anche questo aspetto sarà oggetto, in seguito, di ulteriori specificazioni.

2. L'ordinanza di rimessione della terza sezione della cassazione del 2 ottobre 2019, n. 40380.

Per meglio inquadrare gli esatti termini della questione, appare opportuna una breve ricostruzione del caso approdato in Cassazione, che può essere così riassunto.

2.1. La Corte di Appello di Messina, con sentenza del 17 giugno 2013, confermava la pronuncia del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto del 24 luglio 2012 di condanna di Perroni Ignazio alla pena, condizionalmente sospesa, di anni uno e mesi due di arresto ed euro 60.000,00 di ammenda, per il reato di cui all'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01, per avere quest'ultimo realizzato, in data 7 ottobre 2008, in qualità di legale rappresentante della ditta edile Kallipoli S.r.l., la lottizzazione abusiva di un'area sita nel comune di Furnari (avente, in particolare, ad oggetto la costruzione solo parziale delle opere di urbanizzazione primaria assentite con concessione edilizia, cui aveva fatto seguito l'edificazione di dodici corpi di fabbrica fuori terra in assenza del necessario titolo abilitativo, peraltro in violazione del piano di lottizzazione approvato con deliberazione comunale dell'11 agosto 2006, n. 42, e degli standard urbanistici vigenti, con specifico riferimento alla volumetria realizzabile, alle sagome dei corpi di

La sentenza della Corte costituzionale del 17 luglio 2000, n. 292 (Pres. Mirabelli, Red. Bile), che ha affermato la necessità di verificare il contenuto dei lavori preparatori e le finalità perseguite nella interpretazione della legge delega, è relativa ai giudizi promossi con ordinanze emesse il 29 gennaio 1999 dal Pretore di Roma, il 15 aprile 1999 dal T.A.R. Lazio, sezione distaccata di Latina, l'11 maggio 1999 dal Giudice di pace di Palermo, il 16 settembre e il 26 luglio 1999 dal Tribunale di Roma e il 12 gennaio 2000 dal Tribunale di Vibo Valentia, sezione distaccata di Tropea, rispettivamente iscritte ai nn. 252, 394, 495, 659 e 704 del registro ordinanze 1999 e al n. 195 del registro ordinanze 2000, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 19, 29, 39, 50 e 52, prima serie speciale, dell'anno 1999 e n. 19, prima serie speciale, dell'anno 2000.

AMBIENTEDIRITTO	

fabbrica, al numero delle unità abitative, alle superfici coperte, alle opere di urbanizzazione, agli abitati insediabili e alle distanze dalle strade).

Con la predetta sentenza veniva, altresì, confermata la confisca dell'area e dei fabbricati abusivamente realizzati. Avverso l'intervenuta decisione, ritenuta illegittima, l'imputato, per il tramite del suo difensore, proponeva ricorso per cassazione, deducendo sei motivi.

2.2. Con il primo motivo, il ricorrente lamentava la violazione degli articoli 30 e 44 del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, sostenendo che l'attività edificatoria aveva riguardato un'area classificata nello strumento urbanistico vigente nel comune di Furnari come "zona C3 - Nucleo di espansione", sicché la stessa sarebbe stata eseguita nel pieno rispetto delle previsioni di zonizzazione e/o localizzazione dello strumento urbanistico, all'epoca vigente. Questo dato, secondo la prospettazione difensiva, dimostrava, poi, che non si sarebbe materializzata una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, quale effetto necessario idoneo a configurare il reato di lottizzazione abusiva, potendo semmai ravvisarsi un mero abuso edilizio ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 380/01.

Con il secondo motivo, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 30 e 44 del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione nella parte in cui la stessa aveva condiviso le conclusioni dei periti di ufficio, sia in riferimento al ritenuto sovradimensionamento delle superfici, dei volumi e del carico urbanistico, rispetto agli standard urbanistici utilizzabili, sia in ordine alla mancata "monetizzazione" delle opere di urbanizzazione secondaria non realizzate. In buona sostanza, la sentenza avrebbe omesso di considerare che il reato de quo è integrato anche in presenza di autorizzazione a lottizzare purché quanto realizzato sia il frutto di consistenti e diffuse difformità tipologiche, volumetriche, strutturali e di destinazione.

Con il terzo motivo, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 30 del d.P.R. n. 380/01 e 43 c.p., ritenendo che nella sentenza di appello fosse stata omessa la motivazione in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato. La considerazione del complessivo iter amministrativo che aveva condotto all'adozione del piano di lottizzazione e alla stipula della successiva convenzione sarebbe stata, infatti, sufficiente a dimostrare la sua buona fede, avendo egli agito con la consapevolezza di aver ricevuto le autorizzazioni necessarie dalle competenti autorità. La sentenza, inoltre, sarebbe stata contraddittoria laddove, per respingere tale assunto, aveva affermato l'evidente e macroscopica illegittimità della lottizzazione, mentre era stata necessaria, dapprima, una consulenza tecnica ed in seguito una perizia collegiale per accertare tale illegittimità, segno chiaro della difficoltà tecnica dell'accertamento, oltre che del riscontro, appunto, della invocata buona fede.

Con il quarto motivo, il ricorrente deduceva la violazione dell'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, per avere la Corte di Appello disposto la confisca dell'area e dei beni su di essa esistenti, non tenendo in minimo conto che i beni confiscati appartenevano al ricorrente solo in minima parte, perché, per la restante parte, erano pacificamente di proprietà di soggetti rimasti estranei al processo.

Questi ultimi avrebbero di certo subito la violazione del loro diritto di proprietà in assenza di qualsivoglia colpa loro attribuibile e a fronte della mancanza di qualsivoglia

AMBIENTEDIRITTO	

indennizzo compensativo tale da dar luogo a violazione del principio di proporzionalità.

Con il quinto motivo, il ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 44, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/01 e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, nella parte in cui non aveva tenuto conto degli effetti della concessione edilizia in sanatoria rilasciata dai Commissari prefettizi che erano alla guida della civica amministrazione, omettendo, altresì, di considerare che, con tale concessione, era stato condonato l'unico illecito di cui l'imputato si era reso responsabile e, cioè, l'attività edificatoria abusiva realizzata nel corso dell'operazione di lottizzazione legittimamente autorizzata.

Secondo il ricorrente, poi, la concessione in sanatoria, pur non determinando l'estinzione del reato di lottizzazione abusiva, avrebbe, tuttavia, impedito l'applicazione della confisca, misura che, dunque, andava sicuramente annullata. Con il sesto motivo, infine, il ricorrente deduceva la violazione degli articoli 175 c.p. e 125 c.p.p. e la mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, perché i giudici di appello non avevano motivato sulle ragioni del diniego del beneficio della non menzione della condanna, pur a fronte di specifica richiesta difensiva.

- **2.3.** La Terza Sezione, con ordinanza del 2 ottobre 2019, n. 40380¹¹, supportata da motivazione articolata ed arricchita da numerosi richiami giurisprudenziali, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p., avendo rilevato la possibile insorgenza di un contrasto sulla facoltà, in capo alla Corte di Cassazione, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre l'annullamento della sentenza con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura ablatoria, secondo i principi indicati dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, del 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. c. Italia.
- 2.4. L'ordinanza in questione, nell'esplicitare le ragioni dei diversi indirizzi, ha innanzitutto segnalato l'orientamento della giurisprudenza formatosi da tempo nel senso di ritenere che la confisca dei terreni e delle opere realizzate possa essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, sempre che sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri, però, il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati e che verifichi, inoltre, "l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere (cfr., per tutte, Sez. 3, n. 17066 del 4 febbraio 2013, Volpe)". Tale orientamento, come sottolineato dalla Cassazione, ha acquisito maggior forza dopo il deposito delle motivazioni della richiamata sentenza della Grande Camera, che, dopo l'assunto di segno contrario della sentenza Varvara c. Italia, ha riconosciuto la compatibilità della confisca urbanistica con la declaratoria della sopravvenuta prescrizione del reato, purché il reato di lottizzazione abusiva nei suoi elementi costitutivi sia stato accertato all'esito di un'istruzione probatoria rispettosa dei principi del giusto processo e della presunzione di non colpevolezza.

¹¹ L'ordinanza di rimessione di Cass. pen., Sez. 3, del 15 maggio 2019 (dep. 2 ottobre 2019), n. 40380, è pubblicata in Sistema penale.it., 18 novembre 2019, unitamente al contributo di Alessandra Galluccio, Ancora sulla confisca urbanistica: le Sezioni Unite chiamate a decidere sulla possibilità di rinviare al giudice del merito le valutazioni in ordine alla proporzionalità della misura, nonostante la prescrizione del reato.

AMBIENTEDIRITT(

L'ordinanza di rimessione ha, quindi, osservato che il giudice nazionale dovrebbe procedere, in tale ipotesi, ad una interpretazione dell'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 in linea con quella data a tale disposizione dalla Corte EDU. Nella specie, infatti, pur avendo la Corte di Appello confermato la confisca già disposta dal giudice di primo grado, nulla aveva detto, così come i giudici di primo grado, in ordine all'oggetto della misura ablatoria, per cui era sicuramente indispensabile, "alla luce di una interpretazione della disposizione convenzionalmente, oltre che costituzionalmente, orientata, verificare che la confisca fosse stata disposta in modo da risultare proporzionata al reato commesso". La mancanza di tale giudizio nella sentenza impugnata doveva necessariamente essere colmata, secondo la Corte, da una valutazione di merito sul requisito della proporzionalità della confisca, tuttavia non demandabile al giudice di legittimità.

Di qui, dunque, il quesito "se, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, sia consentito l'annullamento con rinvio limitatamente alla statuizione sulla confisca ai fini della valutazione da parte del giudice di rinvio della proporzionalità della misura, secondo il principio indicato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 28 giugno 2018, G.I.E.M. srl e altri c. Italia". Nell'ordinanza di rimessione viene ricordato, sul punto, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione avrebbe offerto soluzioni contrastanti al quesito consistente nell'individuazione della norma processuale che permetta il rinvio alla Corte di appello ai predetti fini, o valorizzandosi l'articolo 578-bis c.p.p. (essenzialmente, Sez. 3, n. 5936 dell'8 novembre 2018, Basile; Sez. 3, n. 14743 del 20 febbraio 2019, Amodio; Sez. 3, n. 31282 del 27 marzo 2019, Grieco) o facendosi leva sull'applicazione della disciplina prevista per casi analoghi, come la pronuncia sulla falsità dei documenti. Ha poi aggiunto che, nonostante quanto affermato in altre decisioni (citandosi, in particolare, Sez. 3, n. 22034 dell'11 aprile 2019, Pintore), né dall'articolo 578-bis c.p.p., unicamente riferito ai giudici di appello ed alla Corte di Cassazione, né dalla giurisprudenza della Corte EDU risulterebbe l'obbligo per il giudice di primo grado di svolgere un processo penale nonostante il reato sia già estinto per prescrizione.

Sulla base di tali argomentazioni, l'ordinanza ha, dunque, avvertito l'esigenza di una composizione dell'accertato contrasto giurisprudenziale, rilevando che, onde consentire alla Corte di Cassazione di annullare con rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla statuizione sulla confisca, in caso di reato di lottizzazione abusiva dichiarato prescritto, né sarebbe applicabile l'articolo 578-bis c.p.p. per la sostanziale impossibilità di riferire tale disposizione alla confisca "lottizzatoria", ma solo alla confisca "allargata" o per equivalente, né sarebbe individuabile altra disposizione utile allo scopo. Ha, poi, osservato che, anche a voler ritenere applicabile l'articolo 578-bis c.p.p. alla confisca urbanistica, occorrerebbe, pur sempre, effettuare il controllo di conformità costituzionale della norma all'articolo 76 Cost., posto che, mentre la legge delega, in forza della quale è stata adottata la norma, avrebbe stabilito la riserva di codice per le disposizioni di diritto penale sostanziale, il decreto legislativo delegato avrebbe inserito una norma nel codice di procedura penale, per di più di portata innovativa, non compresa tra i principi e criteri direttivi della legge delega. Non sarebbe possibile, peraltro, neppure dare per scontato che tale rinvio sia imposto al giudice di legittimità dal riconoscimento del principio di proporzionalità della confisca contenuto nella sentenza della Corte EDU G.I.E.M. s.r.l. c. Italia, che giammai potrebbe far ipotizzare un "obbligo di esercizio della giurisdizione penale" anche successivamente alla declaratoria di prescrizione del reato, ai soli fini di disporre la confisca.

AMBIENTEDIRITTO	

In definitiva, secondo l'ordinanza di rimessione, una volta disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata per essere il reato di lottizzazione estinto per prescrizione, in mancanza di una espressa valutazione sulla proporzionalità dei beni confiscati rispetto alla abusiva lottizzazione realizzata o, comunque, di una motivazione delle sentenze di merito che renda evidente e chiara tale proporzionalità, sarebbe viziata da eccesso di giurisdizione la statuizione di annullamento con rinvio limitato alla confisca, non risultando applicabile al caso nessuna norma del codice di procedura penale o di leggi speciali.

3. I passaggi salienti della motivazione della sentenza delle sezioni unite del 30 aprile 2020, n. 13539, con la quale è stata confermata la confisca applicata dal giudice di merito, escludendosi la c.d. "azione penale complementare".

Con la sentenza in commento, depositata il 30 aprile 2020¹², le Sezioni Unite, dopo aver sottoposto a un rigoroso vaglio critico tutti i nodi interpretativi e le pur raffinate argomentazioni svolte sia nella ordinanza di rimessione che nella requisitoria del P.G., hanno risolto il contrasto, annullando "senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato è estinto per prescrizione, confermando la disposta confisca". I principi di diritto affermati, sulla base dei quali è stata anche negata la sussistenza dei presupposti per l'esercizio della c.d. "azione penale complementare" in ordine alla valutazione della proporzionalità della confisca, sono i seguenti. "La confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001 può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva determinata dalla prescrizione del reato purché sia stata accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che abbia assicurato il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, fermo restando che, una volta intervenuta detta causa, il giudizio non può, in applicazione dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., proseguire al solo fine di compiere il predetto accertamento".

"In caso di declaratoria, all'esito del giudizio di impugnazione, di estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, il giudice di appello e la Corte di cassazione sono tenuti, in applicazione dell'art. 578-bis cod. proc. pen., a decidere sulla impugnazione agli effetti della confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 480 del 2001". A tali conclusioni le Sezioni Unite sono pervenute dopo aver ritenuto inammissibili tutti i motivi di ricorso, compreso il quarto, per carenza di interesse, in quanto relativo, come già detto, ad una presunta lesione di soggetti terzi (indicati come proprietari in buona fede di gran parte dei beni), fatta eccezione per il quinto che è stato, invece, valutato dalla Corte semplicemente come infondato, in quanto relativo a questione di diritto concernente la idoneità di una sanatoria per i singoli reati edilizi a far venire meno la confisca nonostante la sua non estensibilità al reato di lottizzazione. La Corte ha chiarito, al riguardo, che, una volta riconosciuto che la sanatoria degli immobili edificati nell'area interessata da una lottizzazione abusiva può eventualmente legittimare, ricorrendone i presupposti, soltanto le opere che costituiscono oggetto della lottizzazione, ma non comportare alcuna valutazione di conformità di quest'ultima alle scelte generali di pianificazione urbanistica, rendendo così lecita tale attività, non può che derivarne anche la irrilevanza

¹² La sentenza di Cass. pen., Sezioni Unite, del 30 aprile 2020 (ud. 30 gennaio 2020), n. 13539, è scaricabile per esteso dalla rivista: https://www.ambientediritto.it/giurisprudenza/corte-di-cassazione-penale-sez-unite-30-aprile-2020-sentenza-n-13539/.

degli effetti di tale sanatoria sulla confisca che è sanzione accessoria della sola lottizzazione. Ovviamente, subito dopo aver maturato la decisione di dichiarare infondato il ricorso, la Corte ha dovuto prendere atto dell'intervenuta prescrizione che, comportando l'estinzione del reato, ha fatto sì che la sentenza impugnata venisse annullata senza rinvio, in applicazione dell'articolo 129, comma 1, c.p.p., preclusivo di ogni altra attività processuale. A questo punto si è posto il problema di verificare la possibilità che la Corte di Cassazione, annullando la sentenza di condanna per il reato di lottizzazione in quanto estinto per prescrizione, possa, al tempo stesso, decidere dell'impugnazione in ordine alla confisca, in ciò dunque compresa anche la possibilità di annullare con rinvio, quanto a tale limitato aspetto, al giudice di merito. Nell'interrogarsi su tale possibilità, le Sezioni Unite, dopo aver ricordato che la individuazione all'interno della sentenza di statuizioni che restino "immuni" rispetto all'effetto caducante esercitato dalla prescrizione non può che essere il frutto di precise disposizioni normative, hanno escluso di aver rinvenuto nel sistema una norma che tale possibilità consenta in concreto, legittimando una "azione penale di tipo complementare". La tesi troverebbe, infatti, esplicita conferma nella lettera dell'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 («La sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca del terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite»), la quale lascerebbe intendere che la confisca dei terreni ben può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato sempre che sia accertata la sussistenza della lottizzazione abusiva. E tanto in base ad un indirizzo che "affermatosi sin da tempi risalenti (si veda, nel vigore dell'art. 19 della I. n. 47 del 1985, Sez. 3, n. 4954 del 08/02/1994, Pene, Rv. 197506 e Sez. 3, n. 10061 del 13/07/1995, Barletta, Rv. 203473), si è, poi, nel tempo consolidato ed "affinato" fino a trovare, in epoca più recente, sostanziale sintonia anche con la giurisprudenza della Corte EDU". Condensato inizialmente nella semplice affermazione della compatibilità tra dichiarazione di estinzione per prescrizione del reato e confisca delle aree lottizzate in ragione della sufficienza di un accertamento del reato, tale principio, secondo la Corte, si è via via irrobustito, forgiato anche dall'apporto della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, attraverso, la indicazione della "latitudine" dell'accertamento, necessariamente comprensivo, per tenere conto delle indicazioni a suo tempo giunte dalla sentenza della Corte EDU 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia, sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo del reato (tra le prime, Sez. 3, n. 21188 del 30 aprile 2009, Casasanta; Sez. 3, n. 30933 del 19 maggio 2009, Costanza), e, successivamente, attraverso la predisposizione di modalità procedimentali coerenti con i principi del "giusto processo", come tali "richiedenti la sussistenza del contraddittorio delle parti quale elemento imprescindibile dell'accertamento stesso (tra le altre, Sez. 3, n. 17066 del 4 febbraio 2013, Volpe; Sez. 4, n. 31239 del 23 giugno 2015, Giallombardo)". E seppure in un primo momento l'assunto è apparso in dissonanza con la giurisprudenza della Corte EDU, lo stesso ha, invece, incontrato da ultimo, nella lettura della Corte sovranazionale, la affermazione di una sua compatibilità con i principi della Convenzione. In altri termini, per le Sezioni Unite, se è vero che la pronuncia della Corte EDU 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ha affermato l'incompatibilità con le garanzie previste dalla CEDU di un sistema in cui una persona dichiarata innocente - o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza - possa subire una "pena" (tale dovendo essere considerata la confisca lottizzatoria), in contrasto con la previsione dell'articolo 7 CEDU, è altrettanto vero che in seguito sia l'elaborazione della Corte Costituzionale che la "rilettura" operata dalla Corte EDU hanno offerto ulteriore fondamento al predetto

indirizzo esegetico. E ciò anche perché la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, ha, da un lato, ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica, di un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del eventualmente colpito dalla confisca e, dall'altro, precisato che un tale "pieno accertamento" non è precluso in caso di proscioglimento dovuto a prescrizione, atteso che tale pronuncia ben può «accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato». Ai fini della confisca urbanistica, deve, pertanto, tenersi conto «non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell'accertamento», valorizzandosi le potenzialità di accertamento del fatto reato consentite anche a fronte di pronuncia di sentenza di proscioglimento. Sempre sul piano della compatibilità di tale approdo con il diritto convenzionale, le Sezioni Unite hanno, altresì, rammentato che la Corte EDU, nella pronuncia della Grande Camera del 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, dopo aver ribadito che i principi di legalità e colpevolezza, compendiati nell'art. 7 CEDU, rendono «necessario impegnarsi, al di là delle apparenze e del vocabolario utilizzato, ad individuare la realtà di una situazione», andando «oltre al dispositivo di una decisione interna», per «tener conto della sua sostanza, in quanto la motivazione costituisce parte integrante della decisione», ha affermato che «qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato» (§ 261). Sulla base di tali rilievi, le Sezioni Unite hanno, in definitiva, stabilito che << nella "lettura" data da questa Corte, l'art. 44 cit., là dove ricollega la confisca lottizzatoria all'accertamento del reato, consente di prescindere dalla necessità di una sentenza di condanna "formale", permettendo di fondare la "legittimità" del provvedimento ablatorio su un accertamento del fatto che, pur assumendo le forme esteriori di una pronuncia di proscioglimento, equivale, in forza della sua necessaria latitudine (estesa alla verifica, oltre che dell'elemento oggettivo, anche dell'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) e delle sue modalità di formazione (caratterizzate da un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati), ad una pronuncia di condanna come tale rispettosa ad un tempo dei principi del giusto processo e dei principi convenzionali, proprio come riconosciuto, da ultimo, anche dalla Corte EDU >>. Tale ricostruzione, una volta assodato che non occorre una condanna formale per applicare la sanzione della confisca e che non esiste alcuna norma che preveda, in caso di declaratoria di estinzione per prescrizione del reato di lottizzazione nel giudizio di legittimità, l'obbligo del rinvio al giudice di merito per la sola valutazione di proporzionalità della confisca, troverebbe - a ben vedere - ulteriore conferma nell'articolo 578-bis c.p.p., secondo cui «quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». Al fine di superare l'opposta tesi esplicitata dalla Sezione Terza nella ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite hanno argomentato che:

a) è senz'altro esatto che la formulazione originaria della norma, introdotta dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21 (di attuazione della delega per la riserva di codice), e da ultimo modificata con la l. n. 3 del 2019 (che vi ha inserito l'inciso relativo alla «confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale»), ha rappresentato il sostanziale trapianto, nel codice di rito, del contenuto dell'articolo 12-sexies, comma 4-septies, del d.l. n. 306 del 1992, secondo cui «le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad

А	MBIENTEDIRITTO

eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunziata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato»; infatti, il riferimento ai "commi precedenti" effettuato da tale norma ricomprendeva anche il comma 1 con il quale, per determinate ipotesi di reato, si prevedeva che, in casi di sentenza di condanna o di applicazione della pena, fosse sempre disposta la confisca cosiddetta "allargata", ovvero quella concernente i beni di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito (e tale comma è stato sostanzialmente trasfuso nel primo comma dell'art. 240-bis c.p., inserito nel codice dall'articolo 6, comma 1, del d.lgs. n. 21 del 2018 cit., e richiamato espressamente dall'articolo 578-bis, così come, appunto, l'articolo 12-sexies, comma 4-septies cit. richiamava il comma 1);

b) è del pari esatto che il comma 1 dell'articolo 12-sexies cit. (e, conseguentemente, in virtù della già indicata corrispondenza, il comma 1 dell'articolo 240 bis cit.) prevedeva la sola confisca "per sproporzione", senza in alcun modo contemplare la confisca urbanistica, ma è anche vero che, con l'articolo 578-bis, il legislatore non si è limitato a richiamare la «confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale», ma ha anche ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge» e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'articolo 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca «prevista dall'articolo 322-ter del codice penale».

Da tale ultimo assunto, le Sezioni Unite hanno tratto, quindi, la conseguenza che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa - di certo - "non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca «prevista da altre disposizioni di legge», formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale". D'altronde, la riferibilità dell'articolo 578-bis alla confisca urbanistica poggerebbe anche su un criterio di evidente razionalità: l'esigenza che ha spinto il legislatore a dettare una norma volta, in chiara analogia con la disposizione dell'articolo 578 c.p.p. (non a caso immediatamente precedente nella topografia codicistica), ad evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un'affermazione di responsabilità che resta, nella sostanza, immutata, vanifichi la confisca di cui all'articolo 240-bis cit. nel frattempo disposta in primo grado o in grado di appello (a seconda che la prescrizione maturi rispettivamente nel giudizio di appello o in quello di legittimità).

In ordine alla non necessità di un rinvio al giudice di merito, le Sezioni Unite hanno, infine, evidenziato che "la norma dell'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., specificamente dedicata proprio al tempo e al quomodo della declaratoria di determinate cause di non punibilità (in esse rientrando anche la estinzione del reato), è stata da sempre interpretata da questa Corte come espressiva di un obbligo per il giudice di pronunciare con immediatezza, nel momento di sua formazione ed indipendentemente da quello che sia «lo stato e il grado del processo» (clausola, questa, significativamente menzionata dalla norma), sentenza di proscioglimento (in tal senso, Sez. 1, n. 33129 del 06/07/2004, Confl. comp. in proc. Bevilacqua, Rv. 229387; Sez. 5, n. 12174 del 18/02/2002, Vitale, Rv. 221392; implicitamente, Sez. 6, n. 783 del 26/02/1999, Tota, Rv. 214141)". Dunque, tirando le fila del ragionamento, solo là dove specificamente previsto, il principio dell'immediata adozione di pronuncia di proscioglimento potrebbe

AMRIENTEDIRITTO	

trovare deroga nel contemperamento con interessi ritenuti comunque meritevoli di tutela, difettando invece, per quanto riguardante la confisca lottizzatoria, ogni disposizione in tal senso. Pertanto, non potrebbero giammai condurre ad una prosecuzione del giudizio le norme che consentono al giudice, nonostante la declaratoria di proscioglimento, di operare diversamente per determinate specifiche finalità (tra esse annoverandosi l'articolo 537 c.p.p., in tema di pronuncia sulla falsità di documenti, e l'articolo 301 del d.P.R. n. 43 del 1973 in tema di contrabbando). È infatti chiaro che tali norme, proprio perché derogatorie rispetto all'articolo 129 c.p.p., non potrebbero essere di certo considerate esemplificative di un "sistema" in tal senso, tanto più in ragione della peculiarità di situazioni, come quella disciplinata, ad esempio, dall'articolo 537 c.p.p. (la cui finalità è quella di evitare la celebrazione di un giudizio civile per accertare la falsità dell'atto), non equiparabili a quella della confisca urbanistica. Sulla base di queste ed altre considerazioni, le Sezioni Unite hanno, quindi, concluso per la impossibilità di autorizzare, nella specie, la c.d. "azione penale complementare", rilevando, al tempo stesso, che:

- "la confisca ha, nel corretto rispetto del contenuto dell'art. 44 cit. recepito in sentenza, testualmente riguardato il terreno abusivamente lottizzato e i manufatti sullo stesso abusivamente realizzati, sicché nulla potrebbe condurre a far ritenere che la confisca sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria";
- "l'eventuale annullamento con rinvio effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe, comunque, in un annullamento ad explorandum, evidentemente del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità tenuto conto che il presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte è rappresentato dalla necessaria emersione, nelle sentenze del merito, dei relativi elementi di fatto che lo giustifichino (nel senso che "un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito", v. Sez. U, n. 25887 del 26/03/2003, Giordano, Rv. 224606); e tale presupposto non può che restare fermo anche con riguardo a quanto previsto dall'art. 609, comma 2, cod. proc. pen. in relazione alla possibilità per la Corte di decidere le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello (si veda, infatti, sia pure con riferimento all'applicabilità dell'art. 129 cod. proc. pen., Sez. 3, n. 394 del 25/09/2018, Gilardi, Rv. 274567).

4. L'articolo 578-bis c.p.p. tra "riserva di codice" e lavori preparatori (relazione "marasca" e relazione illustrativa).

4.1. L'architrave motivazionale su cui poggia la decisione delle Sezioni Unite è rappresentata, come si è visto, dall'articolo 578-bis c.p.p. e, segnatamente, dal suo tenore letterale, eletto dai giudici a criterio interpretativo principe, allorquando affermano che <<l'art. 578-bis non si è limitato a richiamare la "confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'art. 240-bis del codice penale" ma ha ulteriormente aggiunto, sin dalla versione originaria, il richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" e, successivamente, per effetto della modifica intervenuta ad opera dell'art. 1, comma 4, lett. f), l. 9 gennaio 2019, n. 3, il richiamo alla confisca "prevista dall'articolo 322-ter del codice penale"; è pertanto evidente che, quali che siano state le ragioni che hanno determinato il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito, la stessa non può che essere letta secondo quanto in essa espressamente

AMBIENTEDIRITTO	

contenuto, in particolare non potendo non riconoscersi al richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge", formulato senza ulteriori specificazioni, una valenza di carattere generale, capace di ricomprendere in essa anche le confische disposte da fonti normative poste al di fuori del codice penale >>. L'articolo 578-bis c.p.p., come già ricordato, è stato inserito nel codice di rito dall'articolo 6, comma 4, del d.lgs. 1^ marzo 2018, n. 21, recante disposizioni di attuazione del principio di delega della "riserva di codice" in materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103, con decorrenza dal 6 aprile 2018.

La disposizione in esame è stata successivamente modificata dall'articolo 1, comma 4, lettera f), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. "Spazzacorrotti")¹⁴. Rispetto al dettato precedente, la modifica operata è consistita, in effetti, nel solo inserimento dell'inciso "o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale". La legge n. 103 del 2017, entrata in vigore il 3 agosto 2017, ha previsto modifiche all'ordinamento penale, sia sostanziale che processuale, nonché all'ordinamento penitenziario, inserendo tra i principi e criteri direttivi l'attuazione, sia pure tendenziale, del predetto principio della "riserva di codice", al fine di garantire una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e, quindi, l'effettività della funzione rieducativa della pena.

Tale principio palesa l'intenzione del legislatore di inserire nel codice penale tutte le fattispecie criminose che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità ed integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato.

4.2. Come emerge dalla Relazione Illustrativa ("Parere trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 ottobre 3017, n. 103, ai sensi dell'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103") e dalla Relazione della Commissione di studio ministeriale presieduta dal Dott. Gennaro Marasca, istituita con D.M. 3 maggio 2016 (allo scopo di procedere ad una ricognizione della legislazione penale speciale e valutare quali siano i settori di essa meritevoli di trovare sistemazione nel codice penale per la rilevanza costituzionale dei beni e degli interessi tutelati), lo schema di decreto legislativo consta di 9 articoli attraverso i quali: è affermato, appunto, il principio di riserva di codice penale (articolo 1); sono trasferiti dalla legislazione speciale al codice penale alcuni delitti riconducibili alla tutela della persona (articolo 2), dell'ambiente (articolo 3), del sistema finanziario (articolo 4) e alla lotta alla criminalità organizzata (articolo 5). Dalle due Relazioni, oltre che dall'Atto del Governo n. 466 e dall'indagine conoscitiva della II Commissione Permanente (Giustizia) del 18 ottobre 2017, si ricava, altresì, che il legislatore delegato ha tradotto l'espressione « fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale » come

¹³ Cfr. Di Tullio D'Elisiis Antonio, La riserva di codice in materia penale: novità dalla Gazzetta, in Diritto.it, 28 marzo 2018.

¹⁴ Con tale legge, entrata in vigore il 1^ gennaio 2020, è stato riscritto anche l'articolo 159 c.p., il quale, nella formulazione attuale, prevede che "il corso della prescrizione rimane [...] sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna". Questa importante novità, di impatto dirompente sull'attuale sistema penale, ha indotto la dottrina a qualificare l'art. 578-bis c.p.p. come una disciplina "a tempo": così, sul punto, Gianluca Varraso, La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. "spazzacorrotti") trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina a termine, in Diritto Penale Contemporaneo, 4 febbraio 2019.

AMBIENTEDIRITTO	

riferita ai soli delitti, circoscrivendo dunque la propria ricognizione ai delitti e tralasciando le contravvenzioni. E già tale precisazione non è priva di conseguenze, essendo il reato di lottizzazione abusiva una contravvenzione e non un delitto, punita con la pena dell'arresto sino a due anni e l'ammenda da euro 15.493 a 51.645.

4.3. A ciò va aggiunto che la delega è stata intesa come limitata al solo trasferimento di fattispecie vigenti, con esclusione, dunque, di qualsiasi ulteriore intervento di correzione delle fattispecie penali, prevedendosi, all'articolo 6, il travaso all'interno del codice penale << dell'articolo 240-bis, rubricato "confisca in casi particolari", nel quale viene spostato l'attuale contenuto dell'articolo 12-sexies del decreto-legge Scotti-Martelli (D.L. n. 306 del 1992), ovvero la disposizione che, in relazione alla commissione di uno specifico e costantemente alimentato catalogo di reati, detta le misure di sicurezza patrimoniali della confisca allargata e della confisca per equivalente; le specifiche disposizioni del decreto relative alla confisca allargata per i reati previsti dal Testo unico stupefacenti e dal TU dogane vengono invece inserite in quei testi normativi, attraverso il nuovo articolo 85-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 e articolo 5-bis del decreto del Presidente della Repubblica n. 43 del 1973 >>. La riforma, come riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite, abroga, in pratica, l'articolo 12-sexies e ne trasferisce il contenuto all'interno del capo relativo alle misure di sicurezza patrimoniali, subito dopo l'articolo 240 sulla confisca. In merito, la relazione illustrativa afferma che « l'articolo 6 si giustifica, per ragioni di coerenza sistematica, con l'esigenza di dettare una disciplina organica in ambito codicistico delle misure di sicurezza patrimoniali ».

4.4. Nella parte quarta della Relazione "*Marasca*" si legge, inoltre, che la professoressa Anna Maria Maugeri, componente della Commissione di studio, propone "una radicale rivisitazione della materia della confisca da inserire nella parte generale del codice penale"15. Prosegue, sul punto, la Relazione, evidenziando quanto segue: << Negli ultimi quindici anni le materie più delicate per i valori ambientali coinvolti sono già state oggetto di vere e proprie mini-codificazioni di settore, le quali assolvono, limitatamente alle materie regolate, ad una completa ed esauriente disciplina, comprensiva dei profili sanzionatori penali. Si pensi al Testo Unico in materia edilizia (D.P.R. n. 380/2001) e a quello in materia di paesaggio (D.lgs. n. 42/2004), o al c.d. Testo Unico ambientale (D.lgs. n. 152/2006) in tema di ambiente. Molte altre materie sono disciplinate in modo organico da singole leggi: si pensi alla disciplina in materia di industrie a rischio di incidenti rilevanti, di caccia e pesca, di OGM, di alimenti, di inquinamento marino, ecc.. Analoghe considerazioni valgono per le normative speciali in tema di incolumità e salute pubblica: ancora una volta il distacco delle sole fattispecie penali e il loro "travaso" nel codice penale appare sconsigliabile, risolvendosi in una scissione tra precetto e norma sanzionatoria penale disfunzionale alla leggibilità del sistema. Tanto premesso, l'indicazione generale, salve le eccezioni di seguito nominate, è di mantenere le fattispecie penali oggi contenute nella legislazione speciale nella sede attuale, ogni qual volta - ed è la regola - esse costituiscano l'appendice sanzionatoria di complessi di precetti e procedure analiticamente disciplinate da testi unici o da leggi "organiche". Ciò che è stato unito e disciplinato organicamente è bene non venga artificiosamente separato, proprio per assicurare le esigenze di migliore conoscenza dei precetti perseguita dal disegno di legge delega. Il "travaso" delle sole

¹⁵ V., per altri aspetti riguardanti la tematica, con nota a margine di Cass. pen., Sez. 1, 11 ottobre 2019, n. 1178, Anna Maria Maugeri, Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p., irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione, in Sistema Penale, 22 aprile 2020.

Δ	MBIENTEDIRITT

fattispecie penali sanzionatorie nel codice penale, lungi dal rendere i reati meglio conoscibili, costringerebbe i destinatari e gli operatori del diritto ad un "ping-pong" tra precetti, rimasti nei testi di provenienza, e sanzioni, "esportate" nel codice penale, con una perdita di razionalità e leggibilità del sistema complessivo (...). La disciplina sanzionatoria penale relativa alle materie dell'urbanistica, del paesaggio e dei beni culturali è contenuta, per la maggior parte, in leggi organiche di impianto relativamente recente e di integrale disciplina dei singoli settori, che recano, principalmente, norme di carattere amministrativo. È opportuno che la tutela penale in tali ambiti materiali rimanga nelle attuali collocazioni, in modo da restare collegata alle complessive discipline amministrative: i singoli articoli che prevedono le sanzioni penali puniscono, infatti, le violazioni delle più rilevanti tra tali disposizioni. Il mantenimento delle sanzioni penali nelle attuali collocazioni (leggi organiche di settore) risponde, dunque, alla generale esigenza di garantire certezza e conoscibilità delle norme sanzionatorie in relazione ai precetti; certezza e conoscibilità che diminuirebbero considerevolmente laddove si optasse per il trasferimento nel codice penale delle sanzioni di settore, realizzando una separazione tra queste e i precetti, che invece resterebbero disciplinati dalle normative di settore. E, del resto, il mandato assegnato alla Commissione non prevede la possibilità di disporre, attraverso la depenalizzazione delle violazioni meno gravi, una complessiva razionalizzazione del sistema sanzionatorio al fine di realizzare il c.d. "diritto penale minimo". Consente al più l'eliminazione di duplicazioni sanzionatorie, attraverso l'abrogazione di singole disposizioni superflue. Le considerazioni appena svolte valgono, in primo luogo per la legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette), il cui art. 30 prevede sanzioni penali tutte riferite alla violazione delle disposizioni (amministrative) di cui ai precedenti art. 6 e 13, nonché 11, comma 3, e 19, comma 3 della stessa legge. Valgono anche per il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), che rappresenta la più recente tra discipline organiche nelle materie qui considerate e contiene una complessa architettura normativa. Esso costituisce, infatti, l'ultima tappa di una faticosa opera di razionalizzazione con un primo tentativo compiuto, rappresentato dal testo unico n. 490 del 1999 rispetto alla quale il trasferimento della disciplina sanzionatoria penale nel codice penale sarebbe un passo indietro, perché avrebbe il solo effetto di spezzare il nesso logico fra sanzioni penali e precetti di tipo amministrativo. Quanto al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentazioni in materia edilizia), anch'esso punto di arrivo della faticosa evoluzione normativa del settore, pare invece opportuno operare una razionalizzazione ulteriore, nel senso di procedere all'abrogazione esplicita di quelle disposizioni sanzionatorie penali, contenute in precedenti leggi, che erano state espressamente mantenute in vigore dall'art. 137, comma 2, «per tutti i campi di applicazione originariamente previsti dai relativi testi normativi e non applicabili alla parte I di questo testo unico». Esse costituiscono, di fatto, mere duplicazioni delle sanzioni oggi inserite nello stesso d.P.R. n. 380 del 2001. Si propone, dunque, di lasciare immutato tale ultimo testo normativo e di abrogare invece gli artt. 13, 14, 15, 16, 17 della legge 5 novembre 1971, n. 1086 (Norme per la disciplina delle opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso ed a struttura metallica) e l'art. 20 della legge 2 febbraio 1974, n. 64 (Provvedimenti per e costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche), precisando espressamente che ogni riferimento contenuto in altre leggi alle disposizioni abrogate deve intendersi come effettuato alle disposizioni del d.P.R. n. 380 del 2001, che si pongono con queste in totale continuità (artt. 71, 72, 73, 74, 75 e 95). I limiti del mandato conferito a questa commissione impongono di limitare l'abrogazione alle sole disposizioni sanzionatorie, non potendosi questa estendere agli interi testi normativi che le contengono, perché questi recano anche disposizioni di altro tipo (...). In conclusione, si propone di non effettuare alcun trasferimento di disposizioni sanzionatorie dalle attuali collocazioni verso il codice penale >>.

- 4.5. Emerge, in definitiva, dai lavori preparatori che, anche dopo la riforma, la sede propria del reato di lottizzazione abusiva continua ad essere quella del d.P.R. n. 380/01, che è normativa organica di settore, la quale mal si concilia, secondo le ragioni ispiratrici della delega, con un eventuale travaso di norme proprie all'interno del codice penale, non richiedendo, comunque, alcuna "razionalizzazione" ulteriore, in sintonia con quanto previsto in generale dall'articolo 3 bis c.p., secondo cui "nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia". Tuttavia, secondo le Sezioni Unite, per cogliere l'effettivo significato dell'articolo 578-bis c.p.p., non vi sarebbe ragione di indagare sulla "mens legis". Infatti, qualunque essa sia, ciò che conta è che il dato letterale della norma, ovvero dell'articolo 578-bis c.p.p., conduca al risultato voluto che poi sarebbe quello di ricomprendere nel richiamo alla confisca "prevista da altre disposizioni di legge" anche la confisca urbanistica, e ciò indipendentemente dalle motivazioni che abbiano potuto determinare "il legislatore ad introdurre la norma in oggetto nel codice di rito". Ora, se è vero che l'espressione utilizzata dal legislatore autorizza in astratto tale conclusione, è altrettanto vero che la disposizione si presta indiscutibilmente anche ad una diversa interpretazione, come rilevato dalla Cassazione nella stessa ordinanza di rimessione, nella quale si sottolinea che:
- 1. "Il nuovo articolo del codice di rito è frutto del trasferimento ad opera del d.lgs. n. 21 del 2018, che ha attuato la delega per la riserva di codice, di una disposizione della normativa antimafia: l'art. 12-sexies, comma 4-septies del d.l. n. 306 del 1992 (comma peraltro introdotto con la riforma del Codice antimafia, I. 21/10/2017, n. 161) che disciplina la cd. confisca allargata. La redazione della "nuova" disposizione che fa richiamo all'art. 240-bis cod. pen. nella sua, del pari, nuova formulazione, non contiene, a differenza dell'abrogato art. 12-sexies d.l. 306/92, riferimenti né all'art. 295, c. 2 del D.P.R. n. 43 del 1973 (T.U. doganale), né all'art. 73 (escluso il comma 5) D.P.R. n. 309 del 1990 (T.U. stupefacenti), perché l'art. 3-bis cod. pen. ha stabilito che se una materia è disciplinata in un testo unico, le disposizioni che la riguardano devono essere inserite all'interno di tale corpus normativo, per cui nei menzionati testi unici sono state previste due nuove disposizioni sulla confisca allargata. In conseguenza l'art. 578-bis cod proc. pen. è stato espressamente formulato in modo che ne fosse consentita applicazione anche ai reati in materia di contrabbando e di sostanze stupefacenti: in tal modo si spiega l'inciso dopo il richiamo alla confisca di cui all'art. 240-bis cod.pen. "e da altre disposizioni di legge", inciso dopo il quale è stato aggiunto "o la confisca prevista dall'art. 322- ter cod.pen.", con l'art. 1, comma 4, lett. f) legge n. 3 del 9/1/2019 (Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici), in tal modo aggiungendo alle ipotesi di confisca allargata, anche l'ipotesi di confisca per equivalente (...)".
- 2. "Del resto è consolidata l'interpretazione che esistano diverse tipologie di confische e certamente la confisca urbanistica non è assimilabile né a quella allargata di cui all'art. 240-bis cod.pen., né a quella per equivalente di cui all'art. 322-ter cod.pen., essendo la prima una confisca legata in via diretta al reato di lottizzazione abusiva da un vincolo pertinenziale".
- 3. "Manca una disposizione processuale che consenta alla Corte di Cassazione che pronunci sentenza di annullamento senza rinvio per prescrizione del reato di lottizzazione abusiva, di disporre anche il rinvio al giudice di appello al fine di verificare la conformità della disposta confisca al criterio di proporzionalità imposto dalla sentenza G.I.E.M.".

Quali conseguenze trarre da questa diversa lettura? Appare scontato che, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in

modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva (e non mi sembra questo il caso), l'interprete non debba ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, in virtù dell'esame complessivo del testo, della "mens legis", specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma sì come inequivocabilmente espressa dal legislatore ¹⁶. Soltanto qualora la lettera della norma risulti ambigua (e si appalesi, altresì, infruttuoso il ricorso al predetto criterio ermeneutico sussidiario), l'elemento letterale e l'intento del legislatore, insufficienti in quanto utilizzati singolarmente, acquistano un ruolo paritetico in seno al procedimento ermeneutico, onde il secondo funge da criterio comprimario e funzionale ad ovviare all'equivocità del testo da interpretare, potendo, infine, assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale soltanto nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa¹⁷. Quando, poi, si è al cospetto di norma, quale l'articolo 578-bis c.p.p., frutto di legislazione delegata, non può farsi a meno di rilevare che, come ritenuto dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza del 17 luglio 2000, n. 292, il ricorso ai lavori parlamentari è senz'altro decisivo "per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati". Del resto, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza del 12 aprile 2017, n. 127, richiamando la propria costante giurisprudenza in materia, ricorda, in proposito, che:

- 1. "Il contenuto della delega legislativa, e dei suoi principi e criteri direttivi, deve essere identificato accertando il complessivo contesto normativo e le finalità che la ispirano. Questa stessa giurisprudenza chiarisce che la delega non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge di delega. Per parte sua, l'attività del delegato deve inserirsi in modo coerente nel complessivo quadro normativo, rispettando la ratio della legge delega (sentenze n. 250 e n. 59 del 2016, n. 146 e n. 98 del 2015, n. 119 del 2013)".
- 2. "La rilevata esistenza di oggettive incertezze nella stessa ricostruzione del coerente significato di taluni principi e criteri direttivi accentua la responsabilità del legislatore delegato, il quale deve procedere all'approvazione di norme che si mantengano comunque nell'alveo delle scelte di fondo operate dalla legge delega (sentenza n. 278 del 2016), senza contrastare con gli indirizzi generali desumibili da questa (sentenze n. 229 del 2014, n. 134 del 2013 e n. 272 del 2012)".

¹⁶ Cfr., per un approfondimento della tematica, Giulio Corato, Gli argomenti del diritto. L'argomento psicologico (o ricorso alla volontà/intenzione del legislatore concreto), in Giurisprudenza Penale, 27 aprile 2016, con richiami a Cass. civ. n. 5128/2001, Cass. civ. n. 13083/2009 e Cass. civ. n. 3495/1996.

¹⁷ Cfr. V. Crisafulli, Sulla motivazione degli atti legislativi, in Riv. dir. pubblico, 1937, I, p. 425, il quale rileva "l'assenza, nell'ordinamento giuridico italiano, di una norma di diritto scritto o consuetudinario, prescrivente che le leggi siano motivate". Per una diversa opinione, v., però, C. Mortati, Le leggi provvedimento, Giuffrè, Milano, 1968, spec. 134 ss. e 244 ss., il quale sostiene la necessità che quantomeno le leggi-provvedimento siano motivate, facendosi così risultare "le ragioni che, sulla base dei presupposti accertati, si sono ritenute sufficienti per l'emanazione dell'atto", per consentire "una loro più esatta interpretazione ed il migliore espletamento del controllo di costituzionalità". L'autore aggiunge che "è da rigettare espressamente l'opinione che considera incompatibile con l'indole propria degli atti legislativi primari l'imposizione dell'obbligo di motivazione, ritenendo che essa potrebbe accogliersi limitatamente a quelle leggi contenenti norme non solo generali ed astratte, ma altresì non vincolate alla soddisfazione di interessi pubblici specifici, circoscritti nel tempo o nello spazio, in deroga al diritto comune".

AMBIENTEDIRITTO

3. - "È ben vero che, in base alla giurisprudenza costituzionale, il parere delle Commissioni parlamentari non è vincolante e non esprime interpretazioni autentiche della legge di delega (sentenze n. 250 del 2016 e n. 173 del 1981), ma è altrettanto vero che esso costituisce pur sempre elemento che, come in generale i lavori preparatori, può contribuire alla corretta esegesi della stessa (sentenze n. 308 e n. 193 del 2002)". È, peraltro, indubitabile che la consapevole scelta del legislatore delegato di interpretare i principi e i criteri direttivi della delega nel senso che la confisca urbanistica sia da escludere dalla "riserva di codice" abbia rappresentato legittimo esercizio della discrezionalità spettante al Governo nella fase di attuazione della delega, nel rispetto della ratio di quest'ultima e in coerenza con esigenze sistematiche proprie della materia penale. Così come è altrettanto indubitabile che tale discrezionalità non possa essere messa in discussione nemmeno dalla opinabile affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui la riferibilità dell'articolo 578-bis cit. alla confisca urbanistica troverebbe, comunque, giustificazione nella esigenza di evitare che la prescrizione del reato, a fronte di un accertamento di penale responsabilità confermato anche in grado di appello, vanifichi non solo la confisca di cui all'articolo 240-bis c.p.p., ma anche quella di cui all'articolo 44 del d.P.R. n. 380 del 2001.

A tale affermazione può replicarsi già solo ribadendo che il legislatore delegato, nel menzionare «le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale », ha inteso riferirsi soltanto ai delitti e non anche alle contravvenzioni.

E il reato di lottizzazione abusiva, pur essendo un reato grave, tale da determinare, secondo attenta dottrina¹⁸, "un vulnus alle condizioni di vita della popolazione residente, la cui protezione è determinata dall'articolo 9 della Costituzione", è ancora oggi, per precisa opzione legislativa, un reato contravvenzionale, come tale sottratto all'ambito di operatività della delega¹⁹. Per concludere sul punto, appare logico ritenere che, a fronte di elementi testuali del dato normativo suscettibili di divergenti letture, il Governo ben potesse assumersi la responsabilità, come poi avvenuto con la presentazione in Parlamento delle suddette Relazioni, di effettuare una specifica scelta chiarificatrice. E tale scelta, consapevolmente effettuata, si rivela, a mio avviso, immune da censure, tenuto conto proprio delle finalità ispiratrici della delega, tese ad escludere - come si è visto - che "la disciplina sanzionatoria penale relativa alle materie dell'urbanistica, del paesaggio e dei beni culturali, contenuta, per la maggior parte, in leggi organiche di impianto relativamente recente" trovi ingresso nel codice penale. È evidente, infatti, che il mantenimento delle sanzioni penali nelle attuali collocazioni (leggi organiche di settore) risponde alla avvertita esigenza di garantire certezza e conoscibilità delle norme sanzionatorie in relazione ai precetti: certezza e conoscibilità che - come risulta anche dal Parere trasmesso alla Presidenza del Senato il 9 ottobre 2017 - "diminuirebbero considerevolmente laddove si optasse per il trasferimento nel codice penale delle sanzioni di settore, realizzando una separazione tra queste e i precetti, che invece resterebbero disciplinati dalle normative di settore".

Di questa generale esigenza, oltre che della imprescindibile necessità di comparare l'elemento letterale e l'intento del legislatore in presenza di un testo normativo dal significato obiettivamente equivoco, le Sezioni Unite non hanno inteso farsi carico nella sentenza in commento, preferendo attribuire laconicamente al richiamo alla confisca

¹⁸ Così Nicola Centofanti, in "L'abusivismo edilizio. Sanzioni amministrative e Penali", Giuffrè - Edizione 2010.

¹⁹ Cfr., sul punto, anche la sentenza Grieco già citata (Cass. pen., Sez. 3, del 27 marzo 2019, n. 31282), nella quale si sottolinea che l'art. 578-bis c.p.p. "non riguarda l'ipotesi di confisca delineata dall'art. 44, comma 2, d.P.R. 380 del 2001".

AMBIENTEDIRITTO	

"prevista da altre disposizioni di legge", inserito nell'articolo 578-bis c.p.p. senza ulteriori specificazioni, una valenza tale da ricomprendere nella espressione anche la confisca urbanistica, notoriamente disciplinata da fonte normativa diversa dal codice penale. E ciò sebbene l'istituto della confisca urbanistica sia ontologicamente diverso dall'analogo istituto disciplinato dall'articolo 240 c.p., atteso che - pur permanendone il carattere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 7 CEDU - i terreni e le opere vengono acquisiti al patrimonio immobiliare del comune e non a quello statale come avviene invece per la confisca codicistica, configurandosi in tal modo una espropriazione a favore dell'autorità comunale in luogo di quella a favore dello Stato.

5. Il profilo della proporzionalità della confisca con particolare riferimento alle sentenze della Corte EDU Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia del 20 gennaio 2009 e (grande camera) G.i.e.m. s.r.l. ed altri c. Italia del 26 giugno 2018.

5.1. Dopo aver accertato che il reato di lottizzazione abusiva era estinto per prescrizione e dovendo, dunque, disporre l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, le Sezioni Unite si sono interrogate anche in ordine alla possibilità di confermare "la statuizione del Tribunale di Barcellona Pozzo di Gotto di confisca del terreno abusivamente lottizzato e dei manufatti sullo stesso abusivamente realizzati". A tale quesito le Sezioni Unite hanno dato risposta affermativa, rilevando che "deve, infatti, restare salvo il principio, certamente implicito anche nell'ambito dell'art. 578-bis cod. proc. pen. (così come lo è sempre stato con riguardo alla parallela norma dell'art. 578 cod. proc. pen.), secondo cui i poteri cognitivi della Corte sono comunque vincolati alla fisiologia del giudizio di legittimità, sia in relazione alla impossibilità di operare valutazioni del fatto, sia in relazione alla natura devolutiva del giudizio, legato ai motivi di ricorso, salve le ipotesi di ordine eccezionale di cui all'art. 609, comma 2, cod. proc. pen.", ed aggiungendo, altresì, che "non può esservi dubbio che il potere appena ricordato di decisione delle questioni rilevabili d'ufficio a norma dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., che opera in deroga al principio devolutivo, non può che riguardare le questioni relative ai soli soggetti titolari del rapporto processuale regolarmente instaurato e non anche soggetti terzi". Né - secondo le Sezioni Unite - residuerebbe, nella specie, un qualche spazio "per valutare l'eventuale illegittimità della statuizione della confisca, neppure sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità evocato dall'ordinanza di rimessione come questione rilevabile d'ufficio per effetto della decisione della Corte EDU 26/06/2018, G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, posto che lo stesso ricorrente, con l'unico motivo riguardante la confisca, ha dedotto una questione, ovvero quella della buona fede di soggetti terzi proprietari dell'area e di beni lottizzati, del tutto estranea alla propria posizione". Nel merito della rilevabilità d'ufficio, "neppure potrebbe dirsi che il profilo della proporzionalità esulasse dal perimetro cognitivo dei giudici e delle parti del processo perché insorta solo successivamente alla decisione predetta della Grande Camera; al contrario, già con la decisione della Corte EDU del 20/01/2009, Sud Fondi c. Italia, venne a suo tempo affermata la necessità del requisito di proporzionalità della confisca in connessione con il principio dell'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU, sicché non a caso la giurisprudenza di questa Corte ebbe poi ad insistere, proprio sulla base dei principi costituzionali e convenzionali, sulla necessità del rispetto di detto principio (tra le altre, in motivazione, v. Sez. 3, n. 37472 del 26/6/2008, Belloi, Rv. 241101)".

5.2. Intanto, va subito osservato che non pare esatto sostenere che il riferimento alla valutazione di proporzionalità contenuto nella sentenza Sud Fondi sia speculare e

sovrapponibile rispetto a quello contenuto nella sentenza G.I.E.M. della Grande Camera. Nella sentenza Sud Fondi, infatti, la Corte pone l'accento sul concetto di "giusto equilibrio" e, dopo aver rilevato che "le procedure applicabili nella fattispecie non permettevano in alcun modo di tenere conto del grado di colpa o di imprudenza né, a dir poco, del rapporto tra la condotta delle ricorrenti e il reato controverso" (paragrafo 139), conclude che "la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo annunciato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche". Viceversa, nella sentenza G.I.E.M., la Grande Camera amplia il raggio di azione della valutazione di proporzionalità, facendovi rientrare un maggior numero di elementi. Dopo aver, appunto, premesso che "nessuno può contestare la legittimità delle politiche statali a favore della tutela ambientale, perché in tal modo si garantiscono e si difendono anche il benessere e la salute delle persone (Depalle c. Francia [GC], n. 34044/02, § 84, CEDU 2010, e Brosset-Triboulet e altri c. Francia [GC], n. 34078/02, § 87, 29 marzo 2010)", la Grande Camera afferma che "l'esame della situazione attuale, che si basa sulle informazioni fornite dalle parti, lascia qualche dubbio circa la realizzazione dello scopo che ha giustificato le misure contestate dai ricorrenti". Ciò perché: "In primo luogo, il terreno confiscato alla società G.I.E.M. S.r.l. è stato restituito alla società ricorrente nel 2013 a seguito di istanza presentata al tribunale di Bari dal sindaco di questa città. Tale restituzione è stata effettuata in virtù dei principi stabiliti dalla Corte nella sua sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri (merito, sopra citata) in base agli articoli 7 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1 (paragrafi 42-43 supra). Successivamente, per quanto riguarda le società Hotel Promotion S.r.l. e R.I.T.A. Sarda S.r.l., alla data del 29 luglio 2015, gli immobili confiscati risultavano ancora occupati dai proprietari. Inoltre, nel maggio 2015, il consiglio comunale di Golfo Aranci ha riconosciuto l'interesse attuale della collettività a mantenere il complesso immobiliare confiscato, tenuto conto della possibilità di utilizzare gli alloggi per far fronte a situazioni di emergenza concedendo, direttamente o indirettamente, l'uso dei beni a titolo oneroso a persone a basso reddito (paragrafo 74 supra). Infine, nel maggio 2015, il perito nominato dalla società Falgest S.r.l. e dal sig. Gironda ha sottolineato lo stato di abbandono nel quale si troverebbe il complesso sequestrato agli interessati, in assenza di manutenzione da parte del Comune proprietario dei luoghi (paragrafo 87 supra).

Ci si può quindi chiedere in che misura la confisca della proprietà dei beni in questione abbia effettivamente contribuito alla tutela dell'ambiente".

La Grande Camera pone, dunque, un diverso problema, che è quello del necessario bilanciamento - nella ricerca del "giusto equilibrio" - tra i diversi parametri, ricordando, fra l'altro, che l'articolo 1 del Protocollo n. 1 richiede, per qualsiasi ingerenza, un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito²⁰. E questo ragionevole rapporto non può dirsi rispettato se la persona interessata è costretta a sopportare oneri eccessivi, tanto più se si considera che la valutazione di proporzionalità della confisca deve necessariamente tener conto anche di ulteriori elementi, quali "la possibilità di adottare misure meno restrittive, la demolizione di opere non conformi alle disposizioni pertinenti o anche l'annullamento del progetto di lottizzazione, la

²⁰ Per utili puntualizzazioni sul requisito di proporzionalità e i profili connessi alla concreta operatività della misura ablatoria, v. Cass. pen., Sez. 3, 27 marzo 2019, n. 31282, Grieco ed altri, già citata, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350, Alessandrini ed altri, Cass. pen., Sez. 3, 22 gennaio 2020, n. 2292, Romano, Cass. pen., Sez. 3, 13 luglio 2017, n. 53692, Martino, nonché Cass. pen., Sez. 3, 20 febbraio 2019, n. 14743, Amodio, in cui si sottolinea che la confisca richiede, pur sempre, "un accertamento in fatto che deve necessariamente essere effettuato, sulla base di dati materiali oggettivi, dal giudice del merito e da questi supportato con adeguata e specifica motivazione, sindacabile, in sede di legittimità, nei limiti propri di tale giudizio".

AMBIENTEDIRITTO

natura illimitata della sanzione derivante dal fatto che può comprendere indifferentemente aree edificate e non edificate e anche aree appartenenti a terzi ed infine soprattutto il grado di colpa o di imprudenza dei ricorrenti o, quanto meno, il rapporto tra la loro condotta e il reato in questione" (paragrafo 301). Da tanto deriva indiscutibilmente che non è sufficiente garantire l'osservanza del solo parametro oggettivo relativo all'ingerenza nel diritto di proprietà, come può essere quello dell'accertamento del criterio quantitativo della corrispondenza tra aree abusivamente lottizzate ed aree confiscate, ma anche e soprattutto di quello soggettivo, da verificare in concreto in relazione "al grado di colpa o di imprudenza" degli interessati "o, quanto meno, al rapporto tra la loro condotta e il reato". Del resto, se è vero che l'articolo 7 della Convenzione non menziona espressamente alcun legame mentale da riscontrarsi tra l'elemento materiale del reato e la persona che si ritiene lo abbia commesso, è altrettanto vero che "la logica della sentenza e della punizione e il concetto di "colpevolezza" (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di personne coupable" (nella versione francese) supportano un'interpretazione secondo cui' l'articolo 7 richiede, ai fini di punizione, un legame intellettuale (consapevolezza e intenzione) che rivela un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore del reato, in mancanza del quale la sanzione sarà ingiustificata, anche perché sarebbe incoerente, da un lato, richiedere una base giuridica accessibile e prevedibile e, dall'altro, consentire a un individuo di essere giudicato colpevole e punirlo anche se non era stato messo in condizione di conoscere la legge penale a causa di un errore inevitabile per cui la persona che ne è venuta a capo non può essere in alcun modo biasimata".

5.3. Ad analoghe conclusioni, pur sempre in ordine all'assenza di simmetria tra i parametri indicati dalla Grande Camera e la precedente giurisprudenza della Corte EDU, perviene, peraltro, anche lo stesso P.G. nel procedimento definito dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento. Nella propria requisitoria, il P.G. afferma, infatti, che la sentenza G.I.E.M. ha individuato, al paragrafo 301, "criteri di verifica della proporzionalità ulteriori rispetto a quello della mera coincidenza tra aree abusivamente lottizzate ed aree confiscate", ovvero: un primo requisito di carattere oggettivo, relativo all'impatto della misura sul diritto di proprietà; un secondo requisito di carattere soggettivo, relativo al grado di colpa o di imprudenza degli interessati o, quanto meno, al rapporto tra la loro condotta e il reato in questione; un terzo requisito, consistente nella necessaria disponibilità per il giudice di un sistema graduale di misure al fine di consentirgli di bilanciare, in concreto, l'interesse generale (consistente nel ripristino e salvaguardia del c.d. ordine urbanistico e quindi, come rileva la sentenza G.I.E.M. al paragrafo 295, nella tutela del "benessere e della salute delle persone") con quello particolare. Tali criteri sarebbero, inoltre, pienamente coerenti con i rilievi di cui ai paragrafi 292 e 293, in cui la Grande Camera ha enunciato i seguenti principi, per poter ritenere convenzionalmente legittima l'ablazione del diritto di proprietà: "che un'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni abbia un fondamento giuridico; che sussista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito; che lo Stato abbia un ampio margine di apprezzamento per scegliere i mezzi da utilizzare al fine di conseguire lo scopo nell'interesse generale". Ne discende, in buona sostanza, che la violazione dell'articolo 1, Protocollo 1, CEDU, pure in fattispecie in cui si lamentava la confisca di terreni non interessati dall'attività lottizzatoria, non viene affermata dalla Grande Camera per tale ragione, bensì per la violazione della regola del bilanciamento tra interessi contrapposti che è, poi, alla base dell'applicazione del principio di proporzionalità. In tale ottica, il P.G. condivide anche la critica mossa dalla dottrina,

AMBIENTEDIRITTO	

secondo cui, "dopo la sentenza G.I.E.M., la Corte di legittimità ha ricostruito una sorta di criterio legale di proporzionalità: questa si avrebbe sempre quando la confisca coinvolge beni immobili direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e quelli a essa funzionali, nel mentre i giudici europei hanno chiesto un bilanciamento in concreto, un apprezzamento pratico del giudice in funzione dell'intensità offensiva della condotta; i giudici italiani rispondono, invece, indicando una regola di giudizio legale, un parametro normativo fisso".

- **5.4.** In definitiva, anche alla luce di un'interpretazione convenzionalmente orientata, che tenga nel debito conto gli insegnamenti ricavabili dalla giurisprudenza della Corte EDU, e, da ultimo, proprio dalla sentenza G.I.E.M., è fuor di dubbio che l'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01, nel prevedere l'obbligatoria confisca dei "terreni abusivamente lottizzati" e delle "opere abusivamente costruite", imponga di limitare la misura soltanto a quei beni che siano stati di fatto interessati dall'attività illecita, evitando, in tal modo, una generalizzata ablazione della proprietà che, in quanto sproporzionata ed eccessivamente onerosa, finirebbe per porsi in contrasto con l'art. 1 del Protocollo 1.
- **5.5.** Naturalmente, nell'ampio spettro della valutazione di proporzionalità, occorre, poi, tener conto anche della necessità della preventiva definizione degli illeciti e del relativo regime sanzionatorio, soprattutto perché, nel procedere a tale valutazione, non può farsi a meno di verificare anche l'osservanza degli obblighi procedurali di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1.

La Grande Camera rammenta, infatti, che, nonostante il silenzio dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 per quanto riguarda i requisiti procedurali, un procedimento giudiziario relativo al diritto al rispetto della proprietà deve anche offrire alla persona interessata un'adeguata possibilità di esporre la sua causa alle autorità competenti al fine di contestare efficacemente le misure che violano i diritti garantiti da questa disposizione. Una ingerenza nei diritti previsti dall'articolo 1 del Protocollo n. 1 non può, quindi, avere alcuna legittimità in assenza di un contraddittorio che rispetti il principio della parità delle armi e consenta di discutere aspetti importanti per l'esito della causa. Da ciò l'ovvia considerazione che la legge dalla quale scaturisce la possibilità di infliggere una sanzione di tipo penale deve anche presentare i caratteri della accessibilità e della prevedibilità: vale a dire, da un lato, essa deve essere conoscibile e intelligibile da parte del soggetto al quale si rimprovera la violazione del precetto contenuto nella norma giuridica e, dall'altro, deve esplicitare la previsione delle conseguenze sanzionatorie cui sarà esposto il contravventore, sicché, a tal fine, non rileva il nomen iuris o l'inquadramento che un istituto riceve da parte della legislazione nazionale, in quanto ad evitare da parte di questa una "truffa delle etichette" in relazione alla qualificazione giuridica del proprio apparato sanzionatorio mediante il declassamento a livello amministrativo di sanzioni che invece presentano indicatori tali da farle refluire nel terreno delle pene - è necessario procedere ad una disamina concreta delle singole misure, secondo una linea che superi il mero dato formale costituito dalla qualificazione attribuita ad un istituto dal singolo ordinamento interno²¹.

5.6. Se questi sono i principi "consolidati" enunciati dalla Grande Camera, appare mal riuscito il tentativo delle Sezioni Unite di giustificare la mancata rilevabilità d'ufficio del deficit di proporzionalità con quanto previsto dall'articolo 609, comma 2, c.p.p., in

²¹ Cfr., Cass. pen., Sez. 3, 5 aprile 2018, n. 15126, Settani ed altri.

AMBIENTEDIRITTO	

relazione alla possibilità per la Corte di Cassazione di decidere le questioni che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello.

Tale possibilità - secondo le Sezioni Unite - sarebbe, infatti, da escludere in quanto "nella specie, la confisca, ha, nel corretto rispetto del contenuto dell'art. 44 cit. recepito in sentenza, testualmente riguardato il terreno abusivamente lottizzato e i manufatti sullo stesso abusivamente realizzati, sicché nulla potrebbe condurre a far ritenere che la confisca sia stata adottata in contrasto con i principi affermati dalla Corte EDU e, segnatamente, con il principio di proporzionalità della misura finendo per riguardare aree ed immobili estranei alla condotta lottizzatoria". E tanto anche perché "l'annullamento con rinvio, effettuato in assenza di elementi fattuali deponenti per il mancato rispetto dei principi anche sovranazionali, si risolverebbe in un annullamento ad explorandum, evidentemente del tutto estraneo al ruolo e ai compiti del giudice di legittimità tenuto conto che il presupposto del corretto esercizio dei poteri della Corte è rappresentato dalla necessaria emersione, nelle sentenze del merito, dei relativi elementi di fatto che lo giustifichino".

5.7. In ordine alla ritenuta inapplicabilità del rimedio previsto dell'articolo 609, comma 2, c.p.p., va - di contro - osservato che la Corte costituzionale, con sentenza n. 43 del 2 marzo 2018, a seguito di una pronuncia della Grande Camera della Corte EDU, sopraggiunta all'ordinanza di rimessione, che aveva mutato il significato della normativa convenzionale interposta nel giudizio di legittimità costituzionale radicato per possibile contrasto con l'articolo 117, primo comma, Cost., è pervenuta ad opposte conclusioni, disponendo la restituzione degli atti al giudice a quo ai fini di una nuova valutazione sulla rilevanza della questione. Richiamando precedenti decisioni, il giudice delle leggi ha chiarito in tale occasione che «le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli addizionali vivono nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza della Corte EDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007), che introduce un vincolo conformativo a carico dei poteri interpretativi del giudice nazionale quando può considerarsi consolidata (sentenza n. 49 del 2015)»²². D'altronde, trattandosi di irrogazione di una pena suscettibile di essere considerata illegale nel senso di cui all'art. 7 CEDU, è certo che l'applicazione dell'articolo 609, comma 2, c.p.p., sia di ancor più immediata evidenza, a maggior ragione se si considera che le disposizioni della Convenzione, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, allorquando palesano una situazione di oggettivo contrasto della normativa interna con la Convenzione stessa, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale sono state pronunciate. Non convince, dunque, l'affermazione delle Sezioni Unite, secondo cui, trattandosi di questione riconducibile, con adattamenti, alla nozione di "violazione di legge" di cui all'articolo 606, comma primo, lett. e), c.p.p., la stessa dovrebbe essere fatta valere, nei limiti previsti dall'art. 581 c.p.p., mediante l'illustrazione di apposite ragioni di fatto e di diritto. Essendo, infatti, il giudice tenuto ad applicare il diritto nazionale in conformità ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117, primo comma Cost.), deve giocoforza ritenersi che, laddove la Corte EDU abbia individuato un profilo di (possibile) incompatibilità tra l'ordinamento di uno Stato membro del Consiglio d'Europa e i principi convenzionali, peraltro, per la prima volta e con una sentenza resa dalla Grande Camera, che quindi certamente rappresenta il diritto consolidato in materia, la Corte di Cassazione sia tenuta a rilevare d'ufficio la questione ai sensi dell'art. 609, comma 2, c.p.p., esattamente

²² V. Paola Mori, "Il Predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della normalizzazione dei rapporti tra diritto interno e la CEDU", in Sidiblog, 15 aprile 2015.

AMBIENTEDIRITTO	

come se si trovasse di fronte ad una normativa sopravvenuta, della quale non può fare a meno di tener conto.

5.8. Né miglior sorte pare debba attribuirsi all'argomento suggestivo, pure utilizzato dalle Sezioni Unite, secondo cui il sistema processuale ripudierebbe l'annullamento c.d. ad explorandum. Per giustificare tale tesi, i supremi giudici arrivano a richiamare, come si è visto, un risalente precedente giurisprudenziale, ovvero la sentenza "Giordano" delle stesse Sezioni Unite²³. Orbene, a parte il fatto che quella sentenza è intervenuta quando il problema della valutazione della proporzionalità della confisca era ben lontano dal venire ad esistenza, ciò che più rileva è che essa riguardava il diverso problema della incidenza sulla pronunzia impugnata della successione di leggi penali, per effetto della quale "sia rimasto parzialmente abolito il reato al quale si riferisce la condanna". È proprio sulla base di siffatta evenienza che le Sezioni Unite "Giordano" hanno statuito che: "Un annullamento con rinvio in funzione meramente esplorativa non può ritenersi consentito". "E vero che il sistema processuale deve adattarsi per fare fronte alle sopravvenienze legislative e che specifiche regole di adattamento nel giudizio di cassazione possono essere ravvisate negli artt. 609 comma 2 e 619 comma 3 c.p.p., ma è anche vero che la Corte di cassazione, posta di fronte a una sentenza di condanna per un fatto che nei termini in cui è stato accertato viene a risultare non più previsto come reato, non può sottrarsi alla regola dell'art. 129 c.p.p. adducendo il dubbio che ulteriori accertamenti da parte del giudice di rinvio potrebbero condurre a conclusioni diverse". Nulla a che vedere, pertanto, con il caso di specie, in cui altro precedente, non meno significativo, delle stesse Sezioni Unite, in ordine alla necessità di consentire, in tali casi, "l'azione penale complementare", non viene sufficientemente valorizzato nella sentenza in commento. Mi riferisco alla sentenza delle Sezioni Unite n. 38834 del 10 luglio 2008, De Maio, e al principio di diritto dalle stesse affermato, secondo cui "l'estinzione del reato preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, prevista come obbligatoria dall'articolo 240, comma secondo, n. 1, del codice penale". Con tale sentenza, la Corte, nell'esaminare la questione sulla compatibilità tra l'intervenuta prescrizione del reato e la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo a norma dell'art. 240, secondo comma, n. 1, c.p., ritiene non condivisibile l'argomentazione, utilizzata da altro risalente orientamento per dare risposta negativa al quesito, secondo cui «per disporre la confisca nel caso di estinzione del reato il giudice dovrebbe svolgere degli accertamenti che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare situazione processuale» (così Sez. Un., sent. n. 5 del 25 marzo 1993, Carlea e altri). Nella motivazione della sentenza "De Maio" si sottolinea, infatti, che tale preclusione deve essere aggiornata soprattutto alla luce di un sistema processuale che si è sviluppato, nel tempo, attraverso molteplici modifiche legislative ed incisive evoluzioni giurisprudenziali. Si consideri, in primo luogo, che al giudice sono riconosciuti ampi poteri di accertamento del fatto nel caso in cui ciò sia necessario ai fini di un pronuncia sull'azione civile, tanto che la parte civile può proporre impugnazione, ai soli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio (art. 576 c.p.p.), con la conseguenza che il giudice può pervenire all'affermazione della responsabilità dell'imputato, anche se nei confronti di costui sia dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione, per un fatto previsto dalla legge come reato, che giustifica la condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno. Si consideri, ancora, che il comma 4 dell'art. 425 c.p.p., come modificato dall'art. 2 sexies, comma 1, d.l. 7 aprile 2000, n. 82, convertito con

²³ Cass., SS. UU., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, in Altalex, 16 febbraio 2004.

ļ.	MBIENTEDIRITTO

modificazioni in 1. 5 giugno 2000, n. 144, prevede uno specifico ampliamento dei poteri del giudice dell'udienza preliminare, il quale può pronunciare sentenza di non luogo a procedere anche se ritiene che dal proscioglimento dovrebbe conseguire l'applicazione della misura di sicurezza della confisca. Si consideri, infine, "la legislazione speciale, come interpretata dalla costante giurisprudenza", anche in tema di lottizzazione abusiva, dove l'articolo 44, comma 2, del d.P.R. n. 380/01 stabilisce che il giudice penale dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite con la «sentenza definitiva», che «accerta che vi è stata lottizzazione abusiva». Da tutto questo deriva, in conclusione, che la questione circa la compatibilità di un completo accertamento oggettivo e soggettivo della responsabilità da espletare nel contraddittorio delle parti secondo le regole del processo equo (articolo 6 CEDU e articolo 111 della Costituzione), con l'obbligo per il giudice di immediata declaratoria di una causa di non punibilità ai sensi dell'articolo 129 c.p.p., impone senz'altro di considerare che il riconoscimento, in capo al giudice stesso, di poteri di accertamento, finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sfera patrimoniale dell'interessato) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto, rende recessivo il principio generale dell'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva del reato rispetto al correlativo e coesistente obbligo di accertamento. Ciò in quanto - essendo proprio detto accertamento richiesto dalla legge (articolo 44, comma 2, d.P.R. n. 380/01) e dovendo la essere interpretata da parte del giudice nazionale in disposizione convenzionalmente conforme, in guisa che, anche in presenza di una causa estintiva del reato, è necessario, per disporre la confisca urbanistica, procedere all'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e verificare la sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura - il principio generale deve ritenersi implicitamente derogato dalle disposizioni speciali che prevedono l'applicazione di misure le quali, per essere disposte, richiedono inevitabilmente la prosecuzione del processo e la conseguente acquisizione delle prove in funzione di quell'accertamento strumentale all'emanazione del provvedimento finale. L'unico limite a che il processo penale possa progredire limitatamente ad un'azione di accertamento finalizzata alla sola decisione sulla confisca urbanistica è che il reato ovviamente non risulti estinto prima dell'esercizio dell'azione penale, «poiché in tal caso è impedito al giudice di compiere, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la piena partecipazione degli interessati, l'accertamento del reato (nei suoi estremi oggettivi e soggettivi) e della sussistenza di profili quanto meno di colpa nei soggetti incisi dalla misura, presupposto necessario per disporre la confisca anche in presenza di una causa estintiva del reato». E non era certamente questo il caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite con la ordinanza di rimessione del 2 ottobre 2019.

6. Considerazioni finali.

6.1. Quasi a voler temperare le conseguenze della drastica soluzione adottata in risposta al quesito formulato dalla ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite, nella parte finale della sentenza in commento, concludono il complesso ragionamento affermando che << ciò, peraltro, non significa che la relativa questione sia definitivamente preclusa: è proprio l'ampio impiego, da parte dei giudici di merito, della formula di legge relativa alla confisca urbanistica a consentire all'interessato di proporre ogni doglianza sul punto in sede

esecutiva (anche, ove ne ricorrano i presupposti, nella prospettiva, segnalata dalla sentenza G.I.E.M. S.r.l. c. Italia, e di cui va valutata la compatibilità con l'attuale assetto normativo, del mancato utilizzo di misure diverse, e di invasività inferiore, rispetto a quella della confisca) e di chiedere, conseguentemente, anche la revoca della confisca limitatamente alle aree o agli immobili che dovessero essere ritenuti estranei alla condotta illecita, secondo una modalità di impiego dello strumento dell'incidente di esecuzione, nel quale il giudice gode di ampi poteri istruttori ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen., del tutto consueta anche nell'applicazione giurisprudenziale (nel senso che in sede esecutiva può farsi questione anche sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa, cfr. Sez. 1, n. 30713 del 03/07/2002, Merlo, Rv. 222157 e Sez. 4, n. 2552 del 20/04/2000, El Yamini, Rv. 216491) >>. Anche tale approdo interpretativo non convince del tutto. È ben vero, infatti, che il giudice della esecuzione ha la possibilità di rimodulare l'ambito di applicabilità della confisca, verificandone l'estensione, così come previsto dall'articolo 676 c.p.p., essendo, a tal fine, abilitato anche a fare uso di poteri istruttori ai sensi dell'articolo 666, comma 5, c.p.p., ma è altrettanto vero che ciò non implica affatto che il giudice della esecuzione possa addirittura rimuovere tale misura in favore del condannato, una volta applicata dal giudice della cognizione, escludendone la legittimità ovvero rilevando l'insussistenza dei presupposti fondativi del merito della decisione, così intaccando il giudicato su di essa formatosi. Limitare l'estensione della confisca a taluni beni, escludendone altri, equivale ad una revoca, seppur parziale, della misura, come tale inammissibile. Come chiarito proprio da una delle due sentenze citate dalle Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. 4, 20 aprile 2000, n. 2552, El Yamini), "innanzi al giudice dell'esecuzione potrà farsi questione sul (sulla formazione del) titolo esecutivo, sull'applicazione della confisca obbligatoria non disposta in sede di merito, sulla proprietà delle cose confiscate, se non appartenenti all'imputato (condannato) o rivendicate da un terzo, sulla estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa e, quindi, sulla portata del giudicato ma non potrà riconoscersi a detto giudice il potere di vanificare il giudicato stesso rimuovendo, in favore del condannato, il provvedimento di confisca disposto dal giudice del merito e non più soggetto ad impugnazione".

A tale conclusione perviene, del resto, anche Cass. pen., Sez. 1, 20 gennaio 2004, n. 3877, La Mastra, secondo cui la disciplina dettata dall'articolo 676 c.p.p. è univocamente interpretabile nel senso: a) di ricondurre al giudice dell'esecuzione un potere di disporre la confisca quando ciò non ha fatto il giudice della cognizione; b) di non ricondurre allo stesso giudice il potere di revocare la confisca, che comporta un trasferimento in via definitiva a favore dell'amministrazione in forza della irrevocabilità del provvedimento che l'ha disposta (in proposito va richiamata la sentenza delle Sezioni Unite 28 gennaio 1998, secondo cui la revoca della sentenza di condanna per abolitio criminis, ai sensi dell'articolo 673 c.p.p., non si estende anche alla misura della confisca disposta con sentenza divenuta irrevocabile); c) di ricondurre al giudice civile la competenza a risolvere una controversia sulla proprietà delle cose confiscate, non potendosi ovviamente giustificare una confisca che cada su beni non appartenenti al condannato. Ciò conferma, in altri termini, che nessun potere può essere riconosciuto al giudice dell'esecuzione di modificare una situazione che è stata ormai definita sotto ogni profilo e che ha prodotto effetti irreversibili. Se i principi, "de iure condito", sono questi, come potrebbero mai conciliarsi con l'assenza di ogni previsione, nell'articolo 44 del d.P.R. n. 380/01, di strumenti alternativi alla confisca, sebbene la Grande Camera abbia affermato (v. paragrafo 303 della sentenza G.I.E.M.) che "l'applicazione automatica della confisca in caso di lottizzazione abusiva prevista - salvo che per i terzi in buona fede - dalla legge italiana è in contrasto con questi principi in quanto non consente al giudice di valutare quali siano gli strumenti più adatti alle circostanze specifiche del caso di specie e, più in generale, di bilanciare lo scopo legittimo soggiacente e i diritti degli interessati colpiti dalla sanzione"? Potrebbe mai la demolizione prevista per il reato di abuso edilizio soddisfare l'esigenza di proporzionalità? E se pure si volesse qualificare la demolizione come valido strumento alternativo, secondo l'ipotesi formulata sempre dalla Grande Camera al paragrafo 301 della sentenza G.I.E.M., potrebbe mai tale misura ripristinatoria, sicuramente meno grave della confisca (in quanto comportante la sola eliminazione della "res" abusiva ma non anche la perdita del suolo), trovare applicazione anche in assenza di una sentenza di condanna, come nel caso esaminato dalle Sezioni Unite? La risposta a tale domanda non può che essere ovviamente negativa, in quanto l'ordine di demolizione dell'opera edilizia abusiva, previsto dall'articolo 31, comma 9, del d.P.R. n. 380/01, presuppone indiscutibilmente una sentenza di condanna, non risultando sufficiente nemmeno l'avvenuto accertamento della commissione dell'abuso come nel caso di sentenza che rileva l'intervenuta prescrizione del reato²⁴. È innegabile, pertanto, che il giudice dell'esecuzione, pur ritenendo sproporzionata la confisca, non potrebbe mai rimuovere gli effetti di tale sanzione anche solo limitandone la portata, mancando, come già detto, nell'articolo 44 del d.P.R. n. 380/01 ogni, pur esile, riferimento alla possibilità di applicare strumenti ad essa alternativi 25. Questa conclusione non sta a significare naturalmente che non potrebbe essere esplorata la possibilità di un incidente di costituzionalità avente ad oggetto la norma in esame nella parte in cui non prevede per il giudice la possibilità di disporre la demolizione nel caso di ritenuta sproporzione della confisca, per violazione degli articoli 3 (per irragionevolezza rispetto alle altre disposizioni del d.P.R. n. 380/01 relative ad illeciti meno gravi), 42 (perché, nel caso di ritenuta sproporzione della confisca, l'impossibilità di ripristinare con la demolizione l'ordine urbanistico violato non consentirebbe di garantire la funzione sociale della proprietà che la pianificazione territoriale le attribuisce attraverso l'imposizione di vincoli conformativi) e 117, comma 1, Cost., con riferimento all'art. 1 Protocollo 1 CEDU, quale norma interposta come interpretata dalla sentenza G.I.E.M.²⁶ Quel che è certo, però, è che, allo stato della legislazione, la sola interpretazione anche su base convenzionale dell'articolo 44 non varrebbe a superare il problema.

²⁴ Cfr., fra le tante, Cass. pen., Sez. 3, 10 maggio 2017, n. 39455, Cass. pen., Sez. 3, 27 ottobre 2015, n. 50441, Cass. pen., Sez. 3, 2 dicembre 2010, n. 756, Cass. pen., Sez. III, 3 febbraio 2004, n. 3991, nonché, in senso conforme, Cass. pen., SS.UU., 24 luglio 1996.

²⁵ V., però, in ordine alla possibilità di ricorrere al giudice della esecuzione entro determinati limiti, Cass. pen., Sez. 3, 26 febbraio 2019, n. 8350, Alessandrini ed altri, sopra richiamata, in cui si evidenzia che "se si tiene conto della estrema gravità del reato di lottizzazione abusiva, che la distingue dalla semplice costruzione in assenza di permesso di costruire e comporta il completo stravolgimento del territorio in spregio all'attività di pianificazione e di ogni eventuale vincolo (paesaggistico o di altro genere) esistente, con un rilevantissimo aggravio del carico urbanistico e le modalità di applicazione della confisca in precedenza ricordate, deve ritenersi, con interpretazione convenzionalmente orientata, che la misura ablativa non rispetta sicuramente i criteri di proporzionalità se applicata a terreni che non sono direttamente interessati dall'attività lottizzatoria e che il giudice del merito può senz'altro individuare, limitando la misura alle sole aree abusivamente lottizzate, venendo assicurate agli interessati, per le diverse ipotesi, anche in sede di esecuzione, le garanzie del contraddittorio, restando la confisca e la conseguente perdita della proprietà una misura residuale, assunta dal giudice penale sempreché non sia già intervenuta l'autorità amministrativa e soggetta ai diversi esiti come in precedenza ricordato".

²⁶ Tale prospettiva è sostenuta dal Procuratore Generale nella già citata requisitoria, in cui si afferma, fra l'altro, che "per l'ampliamento degli strumenti a disposizione del giudice penale è necessario (ed auspicabile) l'intervento del legislatore".

AMBIENTEDIRITTO

6.2. Come potrebbe, poi, il giudice della esecuzione, a fronte del giudicato già formatosi, revocare la confisca o anche solo limitarne l'estensione, laddove, una volta esercitati i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 666, comma 5, c.p.p., accertasse che la lottizzazione è stata realizzata in zona completamente urbanizzata? In tale ipotesi, la prospettiva muterebbe, infatti, radicalmente, alla luce del fatto che, con una recente sentenza (Sez. 3 pen., 21 gennaio 2019, dep. 16 marzo 2020, Di Falco ed altri), la Corte di Cassazione ha ribadito che "il reato di lottizzazione abusiva deve escludersi con riferimento a zone completamente urbanizzate, mentre lo stesso è configurabile sia con riferimento a zone assolutamente inedificate, sia con riferimento a zone parzialmente urbanizzate in cui sussista un'esigenza di raccordo con il preesistente aggregato abitativo e di potenziamento delle opere d'urbanizzazione (Sez. 3, n. 37472 del 26/06/2008, Belloi, Rv. 241097 - 01; Sez. 3, n. 20373 del 20/01/2004, Iervolino, Rv. 228447 - 01)". Corollario di tale principio è che, in una situazione simile, come confermato anche dalla Cassazione, "pur in presenza di una causa estintiva del reato, non può essere ordinata la confisca urbanistica". Eppure, anche in presenza di un dato oggettivo così rilevante, il giudice della esecuzione non potrebbe giammai vanificare il giudicato. Sulla base di tale quadro di riferimento e alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale e domestica, appare, in definitiva, davvero difficile sostenere che il giudice della esecuzione, in assenza di un intervento del legislatore, possa farsi carico di verificare la possibilità di sottoporre a nuovo scrutinio la confisca già applicata, verificando la legittimità convenzionale dell'ablazione della proprietà con gli strumenti che l'ordinamento attualmente gli mette a disposizione. Più che di compito improbo si tratterebbe piuttosto di compito verosimilmente impossibile, a maggior ragione se si considera che, indipendentemente dai principi affermati dalla Grande Camera, le stesse Sezioni Unite hanno ricordato in altra importante decisione (19 aprile 2018, n. 36072, Botticelli e altri) che la misura della confisca deve risultare non solo proporzionata alle finalità di tutela perseguite, ma anche non inutilmente vessatoria quanto ai diritti del destinatario, in consonanza con un orientamento ormai generalmente predicato quanto alle misure di tipo ablativo, anche cautelari.

AMBIENTEDIRITTO

L'ATTESTATO DI SALUTE DEL SISTEMA CONSOCIATIVO AUSTRIACO NEL COVID-19 E I NUOVI PARADIGMI DI TUTELA DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI.

Ulrike Haider-Quercia

Abstract (it): Il presente contributo analizza i processi di gestione della crisi all'interno della forma di governo parlamentare austriaca, cercando di evidenziare non solo il quadro costituzionale effettivo che ha legittimato la forte restrizione delle libertà fondamentali, ma come tali interventi autoritativi indichino la possibilità dell'affermarsi di una nuova cultura dei diritti e della tutela delle libertà fondamentali anche diversa dalle tradizionali concezioni liberali.

Abstract (en): This contribution analyzes the crisis management processes within the Austrian parliamentary system, trying to highlight not only the effective constitutional framework that legitimized the strong restriction of fundamental freedoms, but also how such interventions by the State authorities emphazies the possibility for the affermation of a new culture of fundamental rights and freedoms different from traditional liberal conceptions.

SOMMARIO: 1. Introduzione. **- 2.** Il quadro normativo previsto per le emergenze non applicato. **- 3.** L'Epidemiegesetz vs normativa Covid — 19 ad hoc. **- 4.** Il consociativismo nella crisi pandemica. **- 5.** Il bilanciamento dei diritti tra legislatore, scienziati e Corte costituzionale. **- 6.** Conclusioni: La piena salute del modello consociativo. Una nuova normalità costituzionale dei diritti?

AMBIENTEDIRITTO

1. Introduzione.

La gestione della crisi pandemica ha evidenziato con molta chiarezza alcuni problemi nei sistemi democratici, esaltando una serie di tensioni nei rapporti tra gli organi di governo ma anche nei rapporti tra Stato e cittadino.

Vero è che la dottrina generale del diritto ha sempre sottolineato come le crisi emergenziali comportino alcuni effetti che incidono direttamente sugli equilibri tra gli organi statali: tra cui la prevalenza dell'esecutivo nei confronti del legislativo, del centralismo nei confronti del federalismo ¹e degli organi monocratici nei confronti degli organi collegiali. ²Queste modifiche rispetto al normale svolgimento dei processi costituzionali si sono evidenziate - seppure in maniera attenuata rispetto ad altri ordinamenti europei 3- anche nel sistema parlamentare austriaco. L'attenuazione di questi effetti di centralizzazione e di monopolizzazione del livello decisionale in capo al Governo è da ricondurre al fatto che in Austria anche in periodi di normalità la libera dinamica dei processi costituzionali viene contenuta da logiche consociative di governo che si sono affermate in maniera strutturale nel sistema parlamentare austriaco. Storicamente tali meccanismi consociativi trovano la loro origine nella gestione della crisi che l'Austria dovette affrontare nell'immediato secondo dopoguerra, quando le maggiori forze politiche avevano concordato una nuova cultura politica - basata sulla collaborazione e la condivisione delle risorse - per fronteggiare i problemi economici e politici causati dalla guerra e dalla perdita della sovranità internazionale del Paese, occupato e controllato dalle Forze alleate. Tale patto di collaborazione tra i partiti politici maggiori, per quanto necessario per la ricostruzione dello Stato austriaco, ha continuato ad esistere anche dopo l'esaurimento del periodo di crisi, determinando -

¹ Cfr. F. Palermo, Is there space for federalism in times of emergency? in: Verfassungsblog on constitutional matters, https://verfassungsblog.de/is-there-a-space-for-federalism-in-times-of-emergency/#comments.

² Cfr. A. Gamper, Corona und Verfassung, in: www.unipress.at.

³ Specialmente in Italia la dottrina ha sollevato una serie di scollamenti tra il dato formale fornito dalla Costituzione e le dinamiche effettive secondo le quali la forma di governo ha funzionato nella crisi sanitaria. E' stato evidenziato in particolare come il Parlamento, specialmente nella prima fase della crisi sanitaria, non sia riuscito a svolgere il ruolo riconosciutogli dalla Costituzione e come l'assenza di interventi da parte del Capo di Stato abbia fatto sì che la gestione della pandemia sia stata monopolizzata nelle mani del Governo ed in particolare dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale situazione che ha creato forti tensioni nel sistema delle fonti e di controllo costituzionale previsto dalla Costituzione. Dalla ormai cospicua letteratura sul tema si segnala G. Cerrina Feroni, Diritto ed Istituzioni dopo il Covid-19, intervento svolto nelle web talks dell'Università Suor Orsola Benincasa, scaricabile su: https://www.facebook.com/watch/live/?v=238636817245584&ref=watch permalink; V. Lippolis, Virus, Governo al limite della Costituzione. Ora cambi strada, intervista su: formiche net del 30 aprile 2020; F. Muzzati, Uso e abuso della decretazione d'urgenza e l'attuale situazione sanitaria emergenziale, in Ius in itinere del 2 aprile 2020; F. Clementi, Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili, in Osservatorio Costituzionale AIC, n. 3 del 7 aprile 2020; Id., La pandemia e il simulacro del Parlamento: gerarchia delle fonti e verticalizzazione della politica nell'epoca del Covid-19, in A. Campi (a cura di), Dopo: come la pandemia può cambiare la politica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali, Soveria Manelli, 2020, pp. 93 ss.; L.A., Mazzarolli, L.A., «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in: Federalismi.it; Osservatorio Emergenza Covid-19 del 23 marzo 2020; F. Pastore, Emergenza Covid-19 e dinamiche dei rapporti tra governo, maggioranza e minoranze parlamentari, in Dirittifondamentali.it del 3 giugno 2020; S. Ceccanti, S., Il Parlamento italiano durante la crisi Coronavirus, in RivistailMulino.it del 24 aprile 2020 e N. Lupo, L'attività parlamentare in tempi di coronavirus, in Forum Quaderni Costituzionali del 16 aprile 2020.

AMBIENTEDIRITTO	

pur con allentamenti e parziali aperture – le dinamiche della forma di governo, integrando e derogando dalle regole costituzionali, fino ai giorni d'oggi⁴.

La dottrina⁵ si interroga quindi non a caso se negli accelerati processi costituzionali applicati nella crisi pandemica la quale sta assumendo, oltre alla rilevanza globale, anche una estensione temporale lunga e ancora incerta, si possano individuare nuovi paradigmi dei processi di decisione politica idonei a costituire, in un quadro costituzionale invariato, una nuova normalità costituzionale.

In questa ottica il presente contributo analizza i processi di gestione della crisi all'interno della forma di governo parlamentare austriaca, cercando di evidenziare non solo il quadro costituzionale effettivo che ha legittimato la forte restrizione delle libertà fondamentali, ma come tali interventi autoritativi indichino la possibilità dell'affermarsi di una nuova cultura dei diritti e della tutela delle libertà fondamentali anche diversa dalle tradizionali concezioni liberali.

2. Il quadro normativo previsto per le emergenze non applicato.

In assenza di un intervento coordinato dell'Unione europea per coordinare sul continente europeo l'emergenza sanitaria, la crisi del Covid-19 viene gestita a livello politico nazionale e con gli strumenti messi a disposizione dalle Costituzioni degli Stati membri. L'Austria è stata, dopo l'Italia, il secondo Paese europeo⁶ a disporre con misure specifiche e provvisore il *lock down* della maggior parte delle attività commerciali e ampi restrizioni della circolazione delle persone nei luoghi aperti al pubblico⁷.

A differenza di molte altre Costituzioni⁸, la Costituzione austriaca non conosce una esplicita Costituzione di emergenza, ma la dottrina ha individuato una serie di

⁴ L'effettivo funzionamento secondo logiche consociative e non concorrenziali come invece presuppone il quadro costituzionale formale della forma di governo parlamentare austriaca si fonda su origini storiche, ed in particolare all'esperienza democratica nel periodo dell'occupazione dell'Austria da parte delle forze alleate dal 1945 al 1955, ma anche sulle esperienze contrastanti emerse dal parlamentarismo radicale praticato durante la Prima Repubblica. Non vi è stato un consenso tra i partiti politici per una nuova costituzione, e così si è deciso di reinserire la Costituzione del 1920/1929 integrando questo quadro formale con una nuova cultura politica consistente in un patto di collaborazione e condivisione delle risorse tra le forze politiche più influenti. Cfr. U. Haider-Quercia, La forma di Governo della Grande coalizione, Il parlamentarismo austriaco tra incompletezza e trasformazione, Padova, 2019, pp. 67 ss.

⁵ Cfr. A. Gamper, Corona und Verfassung, in: www.unipress.at

⁶ Il *lock down* e le misure necessarie sono stati annunciati dal Cancelliere Sebastian Kurz, dal Ministro della salute Rudolf Anschober e dal Ministro degli interni Karl Nehammer in una conferenza stampa tenuta il 12 marzo 2020. Tre giorni dopo si è riunito, in una seduta straordinaria nel fine settimana, il Consiglio nazionale per deliberare una base legislativa ad hoc per l'emanazione dei provvedimenti di restrizione del Governo.

⁷ Le misure di contenimento hanno previsto la chiusura dei luoghi aperti al pubblico come i parchi giochi e restrizioni al commercio e alla ristorazione. È stato creato un fondo speciale – inizialmente da quattro miliardi di Euro e poi aumentato – per l'acquisto di strumentazioni mediche, per compensare le perdite causate al settore privato e per favorire al massimo il lavoro a distanza. Come nella gran parte degli altri Paesi, le misure inizialmente previste sono state restrittive. In una prima fase le persone potevano lasciare le proprie abitazioni solo per tre motivi: lavoro non procrastinabile e non eseguibile da casa, approvvigionamento alimentare e aiuto ad altre persone. Sono state interdette le riunioni con più di cinque persone, ad eccezione dei componenti del medesimo gruppo familiare. Sono stati chiusi tutti gli esercizi commerciali ad eccezione di alimentari, farmacie, banche, tabaccai, distributori di carburante e pochi altri. La polizia è stata autorizzata a garantire il rispetto delle misure ed è stata prorogata la durata del servizio civile e militare per chi si trovasse in servizio, perché si è previsto il possibile impiego dell'esercito per fronteggiare l'emergenza.

AMBIENTEDIRITTO

disposizioni che possono costituire la base giuridica per misure straordinarie di competenza presidenziale⁹. Un primo riferimento di norme applicabili nei momenti di pericolo per la comunità è contenuto nell'art. 18, commi 3-5 della Costituzione che sancisce la possibilità del Presidente federale di emanare decreti d'urgenza aventi forza di legge (*Notverordnungsrecht*). L'attivazione di questa misura straordinaria è inserita in una serie di passaggi istituzionali che richiedono una forte collaborazione con altri organi costituzionali, e di conseguenza risulta molto più limitata e controllata dei poteri straordinari che la Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919 aveva riconosciuto al Presidente del Reich tedesco (art. 48 Costituzione di Weimar) dato che essi potevano essere esercitati anche in assenza di un consenso esplicito del *Reichstag* il quale in alcune circostanze si è sottratto alla propria responsabilità a fronte della fiducia nei poteri d'eccezione del Presidente¹⁰.

Secondo la Costituzione austriaca, invece, i poteri di decretazione d'emergenza del Presidente richiedono una stretta collaborazione tra gli organi della forma di governo in quanto possono essere attivati solamente su proposta del Governo (che li deve anche controfirmare) dopo aver sentito la Commissione permanente del Consiglio nazionale.

La norma di emergenza prevede, inoltre, limitazioni materiali e temporali precise a garanzia del mantenimento della centralità del Parlamento e della responsabilità politica del Governo: il decreto presidenziale d'urgenza può essere adottato nelle materie che richiedono normalmente una delibera parlamentare solamente quando si rende "necessaria l'immediata adozione" per "evitare un danno grave ed irreparabile per la collettività" e in un periodo in cui non è riunita la Camera dei Deputati o "non può riunirsi tempestivamente o è impedita nella sua attività da cause di forza maggiore" Un ulteriore vincolo è costituito da significative limitazioni sui contenuti che l'ordinanza d'urgenza può interessare, e dai quali rimangono escluse le modifiche di leggi costituzionali federali, la previsione di nuovi oneri finanziari permanenti e l'alienazione di beni demaniali¹².

Un potere di decretazione d'urgenza strutturato in maniera simile è stato inserito, con riforma costituzionale del 1998¹³, nella Costituzione anche a livello federale, prevedendo dei poteri straordinari a favore del Governo dei *Länder* (*Landesregierung*)¹⁴. Un terzo meccanismo attivabile per la sospensione dei diritti fondamentali è fornito dall'art. 15 della Dichiarazione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che nell'ordinamento austriaco ha rango di diritto costituzionale, e che consente una sospensione di alcuni diritti in caso di guerra o di un'altra emergenza che minacci la nazione. Ma anche tale clausola di rango costituzionale, che per contro è stata attivata da parte di alcuni Paesi dell'Europa orientale e di San Marino¹⁵, non è stata invocata

⁸ Cfr. Art. 116 della Costituzione spagnola, art. 19 della Costituzione portoghese e art. 16 della Costituzione francese.

⁹ Cfr. M. Welan, Der Bundespräsident. Kein Kaiser in der Republik, Wien, Köln e Weimar, 1992, pp. 68 s.

¹⁰Cfr. D. Grimm, La Costituzione di Weimar vista nella prospettiva del Grundgesetz, in: Nomos - Le attualità nel diritto, n. 2/2012.

¹¹ Art. 18, 2° c. Costituzione austriaca.

¹² Art. 18, 5 °c. Costituzione austriaca.

¹³ BGBl 1984/490.

¹⁴ Art. 97, c. 3 e 4 Costituzione austriaca.

¹⁵ I Paesi membri del Consiglio d'Europa che hanno notificato al segretario generale dell'organizzazione il ricorso all'art. 15 CEDU sono Lettonia, Romania, Armenia, Moldova, Estonia, Georgia, Albania, Macedonia del Nord, Serbia e San Marino. L'elenco aggiornato delle deroghe notificate ai sensi dell'art. 15 CEDU nel contesto della diffusione del Covid-19 è disponibile sul sito internet del CoE alla pagina www.coe. Sul significato dell'art. 15

AMBIENTEDIRITTO	

come base di legittimazione delle misure di restrizione di molte libertà fondamentali in Austria.

Il Governo austriaco non ha ritenuto applicabile nessuno di questi meccanismi, privilegiando l'approccio con gli strumenti legislativi e di regolamentazione amministrativa ordinari messi a disposizione della Costituzione. Non si è ritenuto di dover procedere con i poteri d'emergenza del Presidente federale, poteri che ad oggi non hanno mai avuto applicazione¹⁶, anche in virtù del tradizionale depotenziamento del Capo dello Stato nel sistema politico austriaco¹⁷.

3. L'Epidemiegesetz vs normativa Covid – 19 ad hoc.

Un primo dato importante è che, optando per gli strumenti legislativi ordinari e ritenendo non applicabile – per motivi diversi - la normativa costituzionale dei poteri emergenziali per la sospensione dei diritti fondamentali, a livello di legislazione ordinaria esiste una legge generale in tema di epidemie, la legge sulla prevenzione alla lotta alle malattie trasmissibili (*Epidemiegesetz*; legge sulle epidemie¹⁸). Tale normativa è stata inserita nell'ordinamento austriaco nel 1950, mentre la versione originale della legge sulle epidemie risale al 1913, e quindi al periodo del costituzionalismo monarchico, ovvero ad una epoca in cui lo Stato di diritto e la tutela delle libertà fondamentali avevano uno sviluppo ancora anteriore allo Stato sociale e alle Convenzioni sovranazionali sui diritti umani. Anche se dal 1950 ad oggi è stata modificata ed adattata in alcune parti¹⁹, l'*Epidemiegesetz* ha tuttavia mantenuto alcune delle sue caratteristiche improntate al periodo liberale monarchico. In particolare consente ai Comuni ed alle autorità amministrative distrettuali (e non al Governo centrale) di adottare provvedimenti restrittivi per evitare la propagazione di epidemie.

Il Governo ha utilizzato la legge sulle epidemie solamente nei primi giorni della pandemia, in particolare per disporre il divieto di assembramento, ma anche per l'esecuzione delle decisioni governative da parte dei *Länder* e degli altri enti territoriali (*Bezirksverwaltungsbehörden*).

Un altro aspetto significativo della legge sulle epidemie che ha costituito oggetto di modifica del pacchetto normativo *Covid-19*²⁰ è il particolare meccanismo di risarcimento automatico e proporzionato al danno economico subìto in virtù dei provvedimenti amministrativi di interdizione, previsto dall'art. 32 della legge in oggetto²¹. Questo consiste in un risarcimento per il mancato guadagno e un rimborso per gli stipendi pagati nel periodo di chiusura, attivabile e richiedibile automaticamente da parte dei soggetti interessati dalle misure. La logica caratterizzante la legge in oggetto – che è

CEDU per la crisi sanitaria vedi R. Lugarà, Emergenza sanitaria e art. 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali, in: Osservatorio costituzionale AIC, n. 3 del 2 giugno 2020.

¹⁶ Cfr. W. Berka, Verfassungsrecht, Wien, 2016, p. 692. La dottrina considera, pertanto, che ormai il Notverordungsrecht del Presidente federale costituisca lettera morta.

¹⁷ Cfr. U. Haider-Quercia, Il Presidente austriaco e le nuove coalizioni di governo, in: Percorsi costituzionali, n. 3/2017, pp. 875 ss.

¹⁸ BGBl. I, 186/1950

¹⁹ Cfr. W. Heissenberger, 105 Jahre "Epidemiegesetz" – Ein Gesetz im Wandel!, in: Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht, 2018, pp. 163 ss.

²⁰Art. 4, 2° comma.

²¹§ 32 c. 4 EpidemieG.

AMBIENTEDIRITTO	

stata anche la base giuridica per la gestione della c.d. influenza spagnola che aveva investito il globo nel 1918-1920 - non è quindi un *lock down* generalizzato, ma la sospensione di alcuni esercizi commerciali mirati per contrastare la diffusione di una epidemia.

L'approccio seguito per fronteggiare il *Covid-19* va ben oltre le misure concepite dalla legge austriaca sulle epidemie. L'obbligo previsto da tale legge per il risarcimento da parte dello Stato dei danni effettivamente subiti dagli esercizi economici chiusi con atto amministrativo, e la scarsa sostenibilità economica di questo meccanismo ha costituito un ulteriore motivo per cui il Governo ha cambiato rotta, e non ha più considerato come base dei suoi interventi la normativa esistente, ma ha presentato, attraverso i capi dei gruppi parlamentari corrispondenti ai partiti della coalizione di governo, un disegno di legge contenente una ampia e complessa normativa *ad hoc* per fronteggiare la pandemia del Covid-19²².

4. Il consociativismo nella crisi pandemica.

Sulla base di un dettagliato disegno di legge presentato dai partiti di Governo in una seduta straordinaria tenuta in tempi rapidissimi domenica 15 marzo 2020²³, il Consiglio nazionale austriaco, la Camera politica del Parlamento austriaco²⁴, ha approvato la legge federale contenente misure provvisorie per contrastare la diffusione del Covid-19 (COVID-19 *Maßnahmengesetz*)²⁵, unitamente all'istituzione di un fondo per affrontare la crisi connessa al virus (COVID-19-*FondsG*)²⁶ e a modifiche ad alcune leggi in materia finanziaria e di lavoro per consentire i provvedimenti amministratavi connessi²⁷. L'ampia autorizzazione al Governo è stata estesa per tutto l'anno 2020, con scadenza al 31 dicembre, qualora non venga nuovamente estesa. Le delibere legislative sono state trasmesse alla Camera di rappresentanza dei *Länder*, il *Bundesrat*, che le ha immediatamente approvate, in modo che esse sono entrate in vigore alla mezzanotte del 16 marzo.

Un primo dato che spicca è proprio la celerità del processo parlamentare. Per ciò è stato rilevante che anche nella prima fase della crisi il Parlamento abbia continuato a svolgere la sua funzione, e che si sia sempre e regolarmente riunito, avendo subito stabilito i meccanismi e le modalità per garantire la sicurezza dei suoi membri²⁸. Il

²² 396/A del 14.03.2020 (XXVII legislatura).

²³ L'unico precedente di una seduta del Parlamento nel fine settimana risale al 1931, quando si trattò di approvare misure urgenti contro la disoccupazione.

²⁴ Cfr. T. Öhlinger e H. Eberhard, Verfassungsrecht, Wien, 2016, p. 192 ss.

²⁵ Legge federale sulle misure transitorie per il contrasto alla diffusione del COVID-19 (Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 – COVID-19-Maßnahmengesetz), BGBl. I, 12/2020.

²⁶ COVID-19-FondsG, prevista nell'art. 1 della legge generale, e inizialmente dotata di un fondo di 4 miliardi di Euro, successivamente aumentati con la modifica in BGBl. I, 23/2020.

²⁷ Per una panoramica complessiva delle numerose modifiche introdotte nell'ordinamento si veda R. Resch, Das Corona Handbuch, Österreichs Rechtspraxis zur aktuellen Lage, Wien, 2020.

²⁸ Così non si sono svolti dibattiti sull'utilizzo delle tecnologie digitali, come il voto elettronico, come è stato invece all'ordine del giorno in alcuni altri paesi, tra cui l'Italia e la Gran Bretagna. Tra i vari cfr. F. Clementi, Proteggere la democrazia rappresentativa tramite il voto elettronico: problemi, esperienze e prospettive (anche nel tempo del corona virus). Una prima introduzione, su www.federalismi.it, n. 6 del 18 marzo 2020; N. Lupo, Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-

AMBIENTEDIRITTO	

secondo elemento evidenziato dalla crisi è la forte coesione tra Parlamento (maggioranza parlamentare) e Governo che anche in periodi di normalità costituzionale assume livelli molto alti²⁹.

Nella gestione della normativa anti Covid, tale forte coesione è stata ulteriormente esaltata e ha coinvolto anche l'opposizione parlamentare (la cui funzione nel modello parlamentare austriaco risulta tradizionalmente limitata e di carattere c.d. costruttivo³⁰): tutti i gruppi parlamentari – e quindi anche quelli di opposizione - si sono accordati per rinviare tutte le tematiche non urgenti e per poter dare la precedenza alla normativa anti-Covid. A tale scopo si è concordato - sempre all'unanimità di tutti i componenti del Parlamento - di abbreviare le normali procedure deliberative previste dai regolamenti parlamentari³¹, derogando dalle procedure in essi previste per adottare la normativa Covid (costituzionale ed ordinaria) in tempi rapidi. Ciò ha consentito l'adozione della normativa *ad hoc* con votazioni nell'arco di nemmeno 48 ore da parte di entrambe le Camere del Parlamento.

La deroga agli ordinari procedimenti legislativi ha sospeso ogni dibattito parlamentare, né sono state inserite modifiche o integrazioni sostanziali nel disegno di legge presentato³². Così anche nelle votazioni si è evidenziata una forte coesione tra Governo, maggioranza parlamentare e opposizione se si considera che i primi due pacchetti normativi sul Covid sono stati approvati all'unanimità, tranne alcune singole disposizioni, votate dalla maggioranza di Governo Popolari-Verdi, talvolta col sostegno di uno dei gruppi parlamentari di opposizione³³. La conflittualità è risultata quindi particolarmente contenuta, sostanzialmente inesistente soprattutto nella fase iniziale e solamente nella seconda fase ha iniziato a crescere, ma sempre in maniera poco efficace. Questa situazione non sembra essere stata pregiudicata dagli ultimi interventi di opposizione del Consiglio federale, nel quale la coalizione di governo popolari-verdi non ha la maggioranza, che nel mese di maggio - quindi nella seconda fase in cui alcune misure iniziali sono state allentate - aveva espresso il suo veto avverso quattro delibere del Consiglio nazionale. Gli altri due partiti presenti (i socialdemocratici e la destra nazional-liberale)34, che insieme hanno la maggioranza35, hanno bloccato l'approvazione delle leggi, criticando l'eccessiva fretta della maggioranza di governo nel voler

ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari, in: Osservatorio Costituzionale AIC, n. 3 del 31.3.2020 e C. Sbailò, Parlamento on line? Garantiamo la possibilità di violare il regolamento. Il commento del prof. Sbailò, in: Formiche.net del 31.3.2020.

²⁹Cfr. T. Öhlinger, H. Eberhard, Verfassungsrecht, Wien, 2016, p. 51.

³⁰ Cfr. U. Haider-Quercia, La forma di Governo della Grande coalizione, cit., pp. 252 ss. e M. Stelzer, Neuere Tendenzen im österreichischen Parlamentarismus. Zur Entwicklung oppositioneller Rechte, in: European Review of Public Law, 1997, pp. 1080 ss.

³¹ La relativa decisione è stata presa con un semplice accordo – all'unanimità – tra i gruppi parlamentari, non potendosi evidentemente modificare il regolamento per ragioni di tempo.

³² Una ipotesi per svolgere l'attività legislativa in tempi rapidi ma nel rispetto delle regole e procedure parlamentari, sarabbe stata la delega delle questioni legate alla pandemia alla Commissione permanente principale del Consiglio nazionale, che avrebbe potuto costituire una sede più ristretta ma composta proporzionalmente per svolgere i lavori parlamentari con la celerità richiesta dalla emergenza sanitaria.

³³ In particolare la prima legge, quella più importante, è stata approvata senza voti contrari in Parlamento ed addirittura all'unanimità nel preventivo passaggio in commissione bilancio.

³⁴ Il quinto partito presente al Consiglio nazionale, i liberali di NEOS, non è rappresentato al Bundesrat.

³⁵ Di fatto è la prima volta nella storia costituzionale austriaca che si sono create maggioranze diverse nei due rami del Parlamento. Ma in considerazione della posizione limitata del Bundesrat rispetto al Consiglio nazionale (unica Camera che esprime la fiducia al Governo) tale differenza incide solo marginalmente sui processi di deliberazione politica.

approvare il nuovo pacchetto di leggi senza i dovuti approfondimenti e dibattiti parlamentari³⁶. Il *Bundesrat* dispone tuttavia di un veto solo sospensivo che nella fattispecie è stato superato da parte del Consiglio federale, il quale ha riapprovato la propria deliberazione originaria senza necessità di alcuna maggioranza particolare (art. 42 c. 3 Costituzione federale austriaca).

In generale è stato osservato come il sistema federale abbia operato come un modello fortemente centralizzato. Da sempre la dialettica tra il governo centrale e quello dei *Länder* è caratterizzata in Austria da una forte cooperazione, che nell'ambito sanitario viene impostata anche dalla Costituzione e dal riparto delle competenze che prevedono la responsabilità normativa dei *Länder* solamente per la gestione organizzativa degli ospedali³⁷. L'attuazione delle scelte operate dal Governo federale da parte delle amministrazioni dei *Länder* è avvenuta con una conflittualità anche essa assai contenuta e limitata a singoli casi di portata non essenziale³⁸.

Nel complesso si è formalmente tenuto saldo il sistema delle fonti e si è dato prova di come i meccanismi costituzionali siano robusti anche in momenti di crisi³⁹. Va tuttavia tenuto conto di come il rispetto solamente formale delle procedure previste dalla Costituzione abbia comportato di fatto una erosione della funzione parlamentare che, come si è visto, nell'adozione della normativa della crisi sanitaria non ha svolto un ruolo di decisione sovrana, ma ha adottato la normativa materialmente predisposta dal Governo, fuori dei procedimenti previsti e in assenza delle garanzie riconosciute all'opposizione parlamentare. La dottrina ha evidenziato come nel sistema parlamentare austriaco la funzione parlamentare sia sempre stata debole, debolezza che fonda le sue origini nell'evoluzione storica dell'ordinamento, che dal secondo dopoguerra ha spesso canalizzato i conflitti attraverso meccanismi extra-costituzionali, istituzionalizzatisi nel tempo in un sistema di sindacati e rappresentanze dei settori economici e commerciali legati ai principali partiti di governo⁴⁰. In tale sistema il Governo, e specialmente il Capo di Governo, assume una funzione di coordinamento degli interessi in gioco spesso veicolati dalle varie istituzioni sindacali e camerali. Si tratta di una situazione che ha sin dall'inizio depotenziato il Parlamento, limitandone al massimo la dialettica in aula, al momento di dover definire la propria volontà legislativa. A lungo questo è stato uno dei principali limiti del sistema parlamentare austriaco, ovverosia che le decisioni legislative venivano prese materialmente nelle istituzioni extra costituzionali e dal Governo, mentre il Parlamento adempiva alla sua funzione costituzionale con la mera traduzione in legge delle decisioni materialmente prese in altra sede⁴¹. Altrettanto debole risulta di conseguenza anche il ruolo dell'opposizione parlamentare, la quale ha avuto di fronte per molto tempo un

³⁶ La seduta era stata convocata in via straordinaria proprio per poter procedere in via di urgenza all'approvazione del nuovo pacchetto di misure.

³⁷ Cfr. U. Haider-Quercia, L'organizzazione sanitaria in Austria: il federalismo consociativo e la differenziazione delle casse mutue, in: R. Nania (a cura), Attuazione e sostenibilità del diritto alla salute, Atti della Giornata di studio 27 febbraio 2013 - Sapienza Università di Roma, Roma, Sapienza Università Editrice, 2013, pp. 255 ss. e C. Kopetzky, Krankenanstaltenrecht, in: M. Holoubek e M. Potacs (a cura di), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Wien, 2019, pp. 431.

³⁸ Questo riguarda ad esempio il caso di Vienna, dove le autorità comunali hanno aperto i parchi cittadini mentre quelli federali sono rimasti chiusi. Cfr. P. Bußjäger, *COVID-19 crisis challenging Austrian cooperative federalism*, *Forum of Federations*, http://www.forumfed.org/wp-content/uploads/2020/04/AustriaCOVID.pdf.

³⁹ Cfr. F. Palermo, La gestione della crisi pandemica in Austria: regolarità costituzionale e qualche distonia politica, in corso di pubblicazione su: DPCE online, luglio 2020.

⁴⁰ Cfr. A. Pelinka, Il modello Austria. 40 anni di concertazione e pace sociale, Roma, 1991.

AMBIEN	TEDIRITT(

Parlamento debole ed eroso materialmente delle sue funzioni⁴². Questa situazione si era allentata nell'ultimo trentennio in virtù delle trasformazioni del sistema partitico in senso più pluralistico, e delle possibili alternanze nelle coalizioni di governo che ne conseguono, situazione che aveva valorizzato la sede parlamentare e l'opposizione in essa rappresentata in virtù delle maggioranze governative non più prevedibili prima delle elezioni⁴³. La crisi pandemica ha in qualche modo evidenziato una nuova inversione dei processi di dialettica parlamentare, in quanto ha mostrato con molta chiarezza come il livello decisionale si stia monopolizzando nelle mani del Governo e dei partiti che detengono la maggioranza nel Consiglio nazionale.

Il legislatore materiale della crisi è stato quindi il Governo, il quale per il coordinamento legislativo ha coinvolto e valorizzato nuovamente anche i pareri dei sindacati e delle Camere ed associazioni di categoria, che nel sistema di governo del secondo dopoguerra avevano costituito uno dei pilastri del sistema, e che le più recenti trasformazioni sembravano aver superato o almeno allentato. I veloci ed efficaci negoziati con i Ministri competenti e le parti sociali sono stati presentati in numerose conferenze stampa correlati da una massiccia presenza nei media dei Membri del Governo (in particolare il Cancelliere, il Vicecancelliere, il Ministro della salute e il Ministro delle finanze), presenza quasi onnipresente che ha contribuito a diffondere il sentimento di legittimità delle misure restrittive adottate.

Così anche se i partiti di Governo avevano parlamentarizzato la crisi, sono tuttavia mancate le garanzie dei processi parlamentari. Ciò solleva una serie di criticità se si considera che le misure normative anti-Covid adottate hanno comportato numerose modifiche legislative molto ampie e in tanti settori, tra cui anche diverse modifiche alla Costituzione⁴⁴. Alcune di queste costituiscono modifiche di regole esistenti mentre altre hanno formalizzato consuetudini praticate da tempo⁴⁵.

Le innovazioni costituzionali probabilmente più incisive causate dal virus riguardano le modifiche alle competenze dei *Länder*, così ad esempio nell'ambito del diritto dell'energia, a favore della Federazione⁴⁶. E' stata adottata una propria legge costituzionale, che ha inserito una serie di norme procedurali speciali (anche riguardanti le competenze dei *Länder*) per il diritto degli appalti pubblici e sono state adottate – con rango di legge ordinaria – disposizioni specifiche per le procedure davanti alle autorità amministrative, ai Tribunali amministrativi, alla Corte amministrativa e alla Corte costituzionale.

⁴¹ Cfr. F. Ermacora, G. Baumgartner e G. Strejcek, Österreichische Verfassungslehre, Wien, 1998, pp. 320 s. e H. Schäffer, Il modello di governo austriaco. Fondamenti costituzionali ed esperienze politiche, in: S. Gambino (a cura di), Democrazia e Forma Di Governo. Modelli stranieri e riforma costituzionale, Rimini, 1997, pp. 167 ss.

⁴² Cfr. M Stelzer, The Constitution of the Republic of Austria. A contextual Analysis, Oxford, 2011, pp. 66 ss.

⁴³ Cfr. Ulrike Haider-Quercia, La forma di Governo della Grande Coalizione, op. cit, pp. 369 ss.

⁴⁴ Per garantire la continuità delle funzioni degli organi costituzionali è stata inoltre inserita a livello costituzionale la possibilità – limitata in termini di tempo fino alla fine del 2020 – di realizzare le deliberazioni del Consiglio dei Ministri anche attraverso videoconferenze. Tale possibilità è stata riconosciuta (sempre fino alla fine del 2020) anche ai Comuni che possono prendere le decisioni in via telematica o tramite videoconferenza.

⁴⁵ Cfr. M. Welan, Demokratie auf Österreichisch oder die erstarrte Republik, Wien, 1999, pp. 15 s. Tra questi ultimi rileva soprattutto la formalizzazione a livello costituzionale del principio di unanimità per le decisioni del Consiglio dei Ministri, principio che durante l'intero periodo repubblicano costituiva una sorta di diritto costituzionale consuetudinario.

⁴⁶ Il riparto delle competenze nell'ambito dell'energia ha costituito da sempre oggetto di discussione e di interventi centralizzanti da parte della Federazione.

AMBIENTEDIRITTO	

Le misure normative hanno riguardato anche il controllo dei confini dell'Austria con i paesi confinanti, ed è stato limitato per un periodo il diritto di ingresso e soggiorno nel territorio austriaco anche nei confronti dei richiedenti asilo.

Per quanto riguarda la tematica sopra citata del risarcimento alle imprese e ai ristoranti chiusi dai provvedimenti adottati, la legislazione COVID è più selettiva della legge sull'epidemia e garantisce al Governo un maggiore controllo sugli aiuti finanziari da erogare: le disposizioni della nuova normativa non prevedono risarcimenti automatici e proporzionati al danno effettivamente subìto (come previsto dalla legge sulle epidemie) ma consentono l'accesso al fondo governativo il cui importo massimo è limitato. Di conseguenza sono stati limitati anche gli importi che possono essere erogati dietro richiesta e sulla base di determinate condizioni elaborate dal Governo⁴⁷.

Le novità normative sono quindi ampie e complesse, e hanno riguardato oltre alla Costituzione, più di trenta leggi ordinarie e introdotto una cinquantina di leggi nuove⁴⁸, di cui molte rimarranno in vigore anche quando la pandemia sarà superata. Anche se il sistema delle fonti formalmente è rimasto saldo, dato che a legittimare le misure restrittive adottate dal Governo è una legge (formalmente) parlamentare, ciò solleva problemi in termini di legalità, principio che costituisce uno dei principi centrali della costruzione democratica della Costituzione austriaca⁴⁹. Di fatto, la base legislativa per le misure restrittive è stata ideata dai partiti del Governo, il quale, attraverso provvedimenti amministrativi, è chiamato ad attuare le direttive contenute nella nuova normativa Covid *ad hoc* da esso predisposta e votata nel Parlamento senza modifiche. In questo modo si è bypassato il principio della legalità che richiede come delega e limite per l'attività amministrativa una legge anche materialmente parlamentare, cioè espressione della sovranità popolare proporzionalmente rappresentata.

Se è vero che il parlamento ha approvato (in tempi rapidi e senza approfondimento) la normativa proposta dal Governo, le decisioni sono state di fatto prese al di fuori di quei meccanismi che consentono all'opposizione di svolgere un controllo efficace, anche in termini di proporzionalità temporale, sull'operato di emergenza estremamente interventista del Governo.

5. Il bilanciamento dei diritti tra legislatore, scienziati e Corte costituzionale.

Il ruolo centrale del Cancelliere nel coordinamento dell'attività legislativa e regolamentare è emerso anche quando sono state sollevate le prime critiche da parte

⁴⁷ Oltre al diverso modello di aiuti dello Stato per contrastare le conseguenze della crisi tale modifica ha comportato dei problemi in termini di eguaglianza dato che alcune (poche) imprese chiuse prima del 15 marzo, prima cioè dell'adozione della prima legge COVID, hanno potuto così beneficiare di risarcimenti più alti rispetto a quelle la cui attività è stata interrotta a seguito della normativa per il contrasto alla pandemia da coronavirus.

⁴⁸ L'impianto legislativo così delineato autorizza l'adozione di provvedimenti regolamentari per il restringimento e l'ampliamento in dettaglio delle misure. Su questa base i singoli ministeri federali e i presidenti dei Länder (in base ai rispettivi ambiti di competenza) hanno approvato regolamenti di dettaglio, ad es. per disciplinare l'accesso ai luoghi pubblici, ai locali, alle sedi di lavoro, ecc. Alle numerose e dettagliate previsioni legislative si sono dunque aggiunte centinaia di regolamenti e circolari, spesso dal grande impatto pratico sulla vita dei cittadini. Per una lista aggiornata si veda il sito del ministero federale per il sociale e la salute https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Rechtliches.html

⁴⁹ Cfr. M Stelzer, The Constitution of the Republic of Austria. A contextual Analysis, Oxford, 2011, pp. 88 ss. E A. Zei, La funzione normativa tra Parlamento e Governo nella Repubblica federale austriaca, Milano, 2004, pp. 109 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

degli studiosi e di alcuni giudici amministrativi sull'adeguatezza e la proporzionalità delle misure adottate.

La risposta del Cancelliere Sebastian Kurz è stata chiara e netta: sono cavillosità/sofisticatezze (*Spitzfindigkeiten*) dei giuristi, alla fine dell'epidemia sarà la Corte costituzionale a valutare la legittimità dei pacchetti normativi e dei provvedimenti amministrativi di attuazione⁵⁰.

La Corte costituzionale in Austria, come ha evidenziato già Felix Ermacora⁵¹, ha spesso mostrato di incidere anche sulla funzione governativa⁵². Dopo la prima fase del *lock down* sono stati presentati più di 70 ricorsi diretti⁵³, e ciò comporta che la Corte dovrà occuparsi nell'immediato delle varie questioni legate alla proporzionalità delle limitazioni dei diritti. Sarà interessante osservare come i giudici costituzionali decideranno sulle varie questioni portate alla loro attenzione⁵⁴. E' difficile predire l'orientamento che assumerà la Corte costituzionale austriaca nei vari casi che sono stati portati alla sua attenzione⁵⁵. Si può tuttavia presupporre che la Corte consentirà al legislatore della crisi, la quale richiedeva misure in tempi rapidi, una discrezionalità politica più ampia, specialmente per quanto riguarda la limitazione temporale e la proporzionalità del condizionamento dei diritti.

La valutazione delle singole problematiche sollevate davanti ai giudici deve essere effettuata individualmente, sebbene difficilmente si possa presumere che tutte le misure siano costituzionalmente ammissibili. Più a lungo, ad esempio, durano gli interventi sui diritti fondamentali, più sono massicci, più la crisi si attenua, più sono indulgenti possibili alternative, maggiore è la probabilità che queste misure saranno revocate dalla Corte costituzionale - anche se al momento della sua pronuncia la loro validità sarà già cessata. Ciò limita l'efficacia dell'eventuale dichiarazione di incostituzionalità solo alla normativa non più in vigore⁵⁶.

Qui emerge un altro aspetto problematico sollevato dalla crisi sanitaria: l'obbligo di svolgere il dovuto bilanciamento in termini di proporzionalità e ragionevolezza spetta anche in periodi di crisi *in primis* al legislatore (formale e materiale) e al soggetto che

⁵⁰ Cfr. "Kurz weist juristische Spitzfindigkeiten zurück", in: die Presse del 7 aprile 2020, https://www.diepresse.com/5796917/kurz-weist-juristische-spitzfindigkeiten-zuruck.

⁵¹ Cfr. F. Ermacora, G. Baumgartner e G. Strejcek, Österreichische Verfassungslehre, Wien, 1998, p. 198.

⁵² Cfr. ad esempio per l'intervento della Corte in tema di matrimoni omosessuali e la possibilità di adozione di bambini da parte di coppie dello stesso sesso, U. Haider-Quercia, Il judicial activism del VfGH: I giudici costituzionali decidono sull'eguaglianza delle coppie omosessuali in via di ufficio, sito Diritto pubblico comparato ed europeo, www.dpce.it.

⁵³ Art. 140 B-VG che prevede la possibilità di presentare un ricorso individuale diretto avverso una legge o un regolamento in caso di violazione dei diritti di una persona.

⁵⁴ Cfr. Covid Gesetz geht ans Höchstgericht, in: Wiener Zeitung del 2 aprile 2020, https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2056405-Covid-Gesetz-geht-an-Hoechstgericht.html

⁵⁵ Le critiche riguardano tra l'altro l'indeterminatezza della delega legislative per l'emanazione dei provvedimenti amministrativi che nell'ordinamento austriaca devono essere sufficientemente determinati, la sostituzione del meccanismo di risarcimento previsto nella legge sulle epidemie con la previsione di un fondo di spese limitato e accessibile in determinate condizioni, l'ineguaglianza nell'applicabilità del meccanismo di risarcimento alle sole imprese chiuse prima della normativa Covid-19 (quindi prima del 15 marzo) e l'ineguaglianza nelle riaperture dei negozi dato che il criterio di riapertura si basava sulla superficie degli esercizi.

⁵⁶ Così la crisi sanitaria porta alla luce la mancanza di una tutela giuridica provvisoria da parte della Corte costituzionale: in Austria non esiste un controllo normativo preventivo delle norme – previsto per contro in Germania - che consenta alla Corte costituzionale di controllare la costituzionalità delle leggi prima del perfezionamento del procedimento legislativo. Così, nel caso di una impugnazione diretta di una legge già entrata in vigore, non ha alcuna possibilità di dichiarare la sua provvisoria inapplicabilità.

AMBIENTEDIRITTO	

emana gli atti amministrativi⁵⁷, ma la crisi sembra avere spostato tale valutazione maggiormente alla Corte costituzionale con interventi *ex post*.

Nelle attuali dinamiche, il ruolo svolto della Corte costituzionale nel bilanciamento dei diritti, e specialmente nella valutazione della proporzionalità delle misure adottate, potrebbe espandersi, a scapito della competenza riconosciuta dalla Costituzione al Parlamento di definire l'indirizzo legislativo e politico per orientare e limitare l'attività dell'esecutivo. Si può quindi osservare come nella emergenza potrebbe tendenzialmente espandersi il ruolo della Corte costituzionale a scapito di ogni intervento del Presidente federale⁵⁸.

Vi è invece un ulteriore fattore che sta assumendo rilevanza per il bilanciamento dei diritti. E' stato indicato dalla dottrina come sulla valutazione della conformità alla Costituzione delle misure adottate incida anche la pericolosità del virus come confermato dalla stragrande maggioranza dei medici⁵⁹. Così le diverse fasi della gestione dell'emergenza sono state scandite dall'Esecutivo sulla base delle evidenze scientifiche sulla pericolosità e diffusione del contagio, dati che hanno fortemente determinato le scelte adottate. Dallo studio delle forme di governo sappiamo che ogni forma di governo si trova in continua trasformazione, e che gli equilibri e la collaborazione tra gli organi dell'indirizzo politico possono ricevere, anche nell'ambito delle stesse previsioni costituzionali formali, molteplici attuazioni.

La crisi pandemica ha sollevato anche in Austria il ruolo che hanno ricoperto i tecnici e gli scienziati nella definizione delle misure statali. Sin dall'inizio della pandemia il Governo ha basato e giustificato le sue decisioni su pareri di esperti, task force e gruppi di lavoro selezionati e convocati ad hoc per la pandemia. Così i diversi Ministeri si sono dotati di apposite task force-composte di selezionati esperti e scienziati per ricevere un sostegno tecnico-scientifico per la gestione della crisi sanitaria⁶⁰. In questo modo molte delle scelte adottate sembrano essere obbligate in virtù dell'apprezzamento da parte degli scienziati, facendo automaticamente svanire ipotesi di alternative diverse.

Ciò lascia spazio anche per ipotizzare l'emersione di una nuova forma di governo, ovvero quella di una scientiocrazia, nella quale si sottomette la decisione politica ad una autorità identificata come "scienza"⁶¹. Anche se tale forma di governo non potrà giungere ad eliminare la politica, essa tuttavia tende ad emarginarla e a renderla superflua di fronte ai condizionamenti scientifici che fanno in modo che non ci siano alternative alle indicazioni proposte. Durante la crisi del Covid-19 la politica ha si governato, ma lasciando ampio spazio ai tecnici che in questo modo si sono inseriti nella funzione di orientamento politico, evoluzione che non può non avere anche un effetto sul rapporto di responsabilità tra decisore politico e elettorato.

https://www.uibk.ac.at/public-relations/presse/dateien/rechtsgrundlagen_corona_bussjaeger.pdf

60 Cfr. ad esempio per il Ministero del welfare
https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Taskforce.html

⁶¹ Così ad esempio G. de Vergottini, Una overdose di esperti, in corso di stampa.

⁵⁷ Cfr. A. Somek, Is the Constitution Law for the Court Only?: A Reply to Sebastian Kurz, VerfBlog, 2020/4/16, https://verfassungsblog.de/is-the-constitution-law-for-the-court-only/

⁵⁸ Egli è rimasto fuori dai processi decisionali, anche perché si è optato per l'utilizzo di strumenti legislativi ordinari, solamente firmati e promulgati dal Presidente federale, senza un suo intervento anche in termini politici. In questo modo si è riaffermato come il sistema consociativo continui a tenere ristretto ogni intervento di significato politico del Presidente.

⁵⁹ Cfr. P. Bußjäger, Bewertung der Maßnahmen zur Bekämpfung des COVID-19-Virus aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher

AMBIENTEDIRITTO	

6. Conclusioni: La piena salute del modello consociativo. Una nuova normalità costituzionale dei diritti?

Le costanti del funzionamento istituzionale durante la crisi da Covid-19 possono riassumersi, per l'ordinamento austriaco, in questi tre elementi: il Parlamento fortemente collaborativo, l'efficace coordinamento normativo del Cancelliere e l'assenza di conflittualità tra Parlamento e Governo ma anche tra Länder e amministrazione Tali elementi caratterizzano tradizionalmente il modello di governo parlamentare austriaco e nella crisi pandemica hanno subìto una nuova accentuazione e accelerazione. Così la scelta di non applicare i meccanismi e i poteri previsti dalla Costituzione per le emergenze e di creare con gli strumenti costituzionali ordinari una base legislativa ad hoc per i provvedimenti restrittivi del Governo, ha comportato che i rapporti istituzionali abbiano funzionato anche nella crisi secondo le dinamiche ordinarie che nel secondo dopoguerra si erano affermate strutturalmente nella forma di governo. Così si può osservare come la gestione della crisi pandemica abbia nuovamente fatto emergere le inclinazioni dell'ordinamento verso forme di collaborazioni consociative, caratterizzate da un profondo consenso tra le forze politiche e gli enti territoriali – sia nella fase di adozione della normativa Covid ad hoc sia nella fase di esecuzione di essa - e da un livello di conflittualità bassa, o quasi assente. Così la crisi sanitaria ha esaltato alcune delle dinamiche tipiche della forma di governo austriaca che da tempo vede anche nei periodi di normalità costituzionale un rafforzamento dell'esecutivo che di fatto è diventato il perno del sistema, svolgendo una funzione di coordinamento degli interessi in gioco.

Un ruolo centrale ha assunto il Cancelliere, intorno al quale è stato catalizzato il coordinamento delle varie attività legislative e regolamentari e che, anche nelle apparizioni pubbliche e nei lavori parlamentari, si è dimostrato essere il vero gestore della crisi. Anche se in questo modo il legislatore materiale della crisi di fatto è costituito dal Governo, avendo il Parlamento rimesso la sua centralità nell'individuazione della strategia per fronteggiare la pandemia e nella determinazione temporale e materiale dei poteri di emergenza da conferire al Governo, i processi decisionali svolti hanno rispettato, almeno da un punto di vista formale, la regolarità costituzionale.

Si evidenzia anche il ruolo ormai centrale che la Corte costituzionale ha assunto nel sistema parlamentare austriaco. Essa potrà accrescere il suo ruolo ed incidere significativamente sulla valutazione e sul controllo ex post (ma sempre secondo i criteri della ragionevolezza e della proporzionalità) del bilanciamento dei diritti compressi dalle misure governative. Particolarmente limitata è stata, invece, la funzione svolta dall'opposizione parlamentare, verificandosi così, con molta evidenza nella gestione della crisi, il vulnus strutturale del debole controllo parlamentare che da sempre caratterizza le evoluzioni del sistema parlamentare austriaco. Assente è stato, inoltre, ogni intervento significativo da parte del Capo di stato, al quale la Costituzione riconosce poteri importanti anche di rilevanza politica, rilevanza che il Presidente non ha mai acquisito nelle dinamiche partitiche del sistema. Così anche una crisi come quella sanitaria non ha costituito l'occasione per una eventuale espansione (a fisarmonica) dei poteri presidenziali, come in alcune circostanze si può osservare per il Presidente italiano. Il Covid ha per lo più riaffermato la forza del sistema partitico e la struttura solo apparentemente semipresidenziale del modello parlamentare a prevalenza del Governo in cui la funzione di coordinamento viene monopolizzato nelle

AMBIENTEDIRITTO	

mani del Cancelliere. Con la gestione del Corona virus, possiamo, pertanto, attestare la piena salute del modello consociativo austriaco.

L'esperienza austriaca induce anche ad un'altra riflessione che va oltre la riaffermazione dei caratteri specifici del sistema parlamentare consociativo affermatosi da tempo. La pandemia ha rappresentato non solo un test per la forma di governo ma anche un test per verificare il grado di penetrazione sociale e culturale dei diritti fondamentali. Una tendenza emersa con molta evidenza nell'esperienza Covid in Austria, ma che si è evidenziato anche negli altri Paesi europei, che potrà avere un impatto sulla futura cultura giuridico-costituzionale fuoriesce in realtà da questo monitoraggio costituzionale e riguarda la generalizzata disposizione delle persone ad accettare limitazioni delle libertà fondamentali. I sondaggi mostrano un ampio consenso per il Governo che ha gestito la fase del Corona virus, anche se i cittadini hanno subìto dalle misure adottate limitazioni estese delle libertà fondamentali in tante sfere della vita privata, sociale ed economica difficilmente compatibili con un modello di democrazia liberale. Questo dato è stato rilevato non solo per l'Austria ma per i Paesi europei in generale nella prima relazione sull'impatto della pandemia sui diritti pubblicata dall'Agenzia europea dell'Unione europea per le libertà fondamentali.

Se per la tradizionale dottrina dello Stato⁶² le generali restrizioni delle libertà dei cittadini erano giustificati unicamente per garantire la sopravvivenza dello Stato, ciò sembra essere cambiato nel fronteggiare il Corona virus, laddove la tutela della salute e del sistema sanitario è diventato la ragione, o quasi un super-valore, che ha giustificato la compressione di numerosi altri diritti, con conseguenze drammatiche in termini economici e sociali. Questi atteggiamenti possono avere degli effetti sul sistema di governo parlamentare e il modello di democrazia rappresentativa probabilmente più duraturi di quelli del virus e della pandemia.

⁶² Cfr. H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, ristampa, Berlin 1966, pp. 156 ss.

AMBIENTEDIRITTO

RIFIUTI ED EMERGENZA SANITARIA: L'(IN)CERTEZZA NORMATIVA.

Leonardo Salvemini*

ABSTRACT (IT): Il binomio ambiente e salute è noto. Se da un lato, infatti, la tutela del patrimonio naturale si impone in sé e per sé, dall'altra la salvaguardia della salute pubblica non può prescindere da un *habitat* naturale sano. Al fine di tutelare la vita e il benessere degli esseri viventi nasce quindi l'esigenza di intervenire e regolare anche tutte quelle attività in grado di incidere sul bene ambiente. Tra queste emerge la gestione dei rifiuti, la quale, negli ultimi mesi, è stata oggetto di emblematiche note, linee guida, circolari ministeriali e ordinanze regionali che hanno delineato un panorama normativo e provvedimentale particolarmente complesso e non privo di rilevanti criticità.

ABSTRACT (EN): The binomial environment and health is known. If on the one hand, in fact, the protection of natural heritage is essential in and of itself, on the other hand, the protection of public health cannot be separated from a healthy natural habitat. In order to protect the life and well-being of living beings, therefore, the need arises to intervene and regulate also all those activities capable of affecting the environment. Among these emerges the management of waste, which, in recent months, has been the subject of emblematic notes, guidelines, ministerial circulars and regional ordinances that have outlined a particularly complex regulatory and regulatory framework and not without significant critical issues.

SOMMARIO: 1. Premessa – **2.** La gestione normativa e provvedimentale dell'emergenza covid-19 – **3.** Salute e ambiente. Il legame inscindibile tra vita e natura – **4.** Emergenza sanitaria e rifiuti. Le prime indicazioni dell'Istituto Superiore della Sanità – **4.1.** Le note di ISPRA, la circolare del Ministero dell'Ambiente e le ordinanze regionali: facciamo chiarezza – **5.** Alcuni profili critici: l'incertezza normativa – **5.1.** Rifiuti covid-19: *pericolosi o non pericolosi?* Il dubbio permane – **5.2.** Le disposizioni regionali: destino incerto e allarmanti conseguenze – **5.2.1.** La "frammentazione" apre la strada alla criminalità – **6.** Considerazioni conclusive.

^{*}Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Milano e il Politecnico di Milano.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Premessa.

I primi mesi del 2020 sono stati caratterizzati da una situazione emergenziale: una situazione che, oltre a mettere a dura prova il sistema sanitario nazionale, ha destabilizzato anche il sistema normativo.

Come noto, il nostro ordinamento giuridico si fonda su un complesso sistema gerarchico delle fonti del diritto. Un sistema suddiviso in tre livelli (costituzionale, ordinario e secondario), che, al vertice, pone principi e norme costituzionali¹, a livello intermedio elenca leggi ed atti aventi forza di legge² e, infine, alla base della piramide colloca regolamenti governativi, ministeriali e regionali, oltre a statuti e regolamenti provinciali e comunali³.

Non solo, un siffatto sistema è costantemente integrato anche da usi e consuetudini⁴, oltre che da fonti del diritto sovranazionale, siano esse riconducili al diritto internazionale o a quello europeo⁵.

- ¹ Si ricordino, nello specifico, i principi supremi dell'ordinamento immodificabili (*c.d.* nucleo duro della Costituzione); le norme internazionali ed europee, che entrano nel nostro ordinamento a livello costituzionale; le altre norme costituzionali; le leggi di revisione costituzionale; le leggi costituzionali, oltre alle leggi costituzionali di adozione degli Statuti delle Regioni ad autonomia differenziata.
- ² In particolare, il livello primario delle fonti del diritto annovera: legge statale (art. 70 Cost.); leggi di ratifica dei Trattati internazionali; leggi atipiche (es. indulto); atti legislativi dell'esecutivo (decreti legge e decreti legislativi); referendum abrogativi; regolamenti parlamentari e di altri organi costituzionali, nonché statuti e leggi regionali.
- ³ Parte della dottrina ha definito il livello secondario delle fonti del diritto come «uno spettro in continua evoluzione costituito da atti o fatti normativi ma subordinati alle norme di rango primario, privi di efficacia legislativa» (F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Dike giuridica, 2018, pag. 444.)
- ⁴ Nel riferirsi agli usi e alle consuetudini si intende richiamare un insieme di comportamenti uniformi e costantemente, ripetuti nel tempo e spontaneamente da parte della comunità. Nello specifico rientrano in detta categoria le consuetudini volte ad integrare o specificare altre fonti del diritto (*secundum legem*) e le consuetudini che intervengono in materie non regolate da una legge o da un regolamento (*praeter legem*). Sono, invece, escluse le consuetudini in contrasto con quanto stabilito da norme di legge o di regolamento (*contra legem*). Sul punto *cfr*: R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, 2007, pagg. 282 ss.
- ⁵ Le fonti del diritto sovrannazionale entrano nel nostro ordinamento giuridico con modalità differenti. In particolare, le fonti consuetudinarie del diritto internazionale entrano nel nostro ordinamento tramite il disposto dell'art. 10 Cost., in forza del quale l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Le fonti internazionali pattizie (trattati e negli accordi internazionali) assumono nel nostro ordinamento giuridico il valore gerarchico dell'atto di recepimento che, normalmente, è rappresentato da una legge ordinaria (cfr. F. Lisena, Manuale di diritto costituzionale, Neldiritto, 2016, pagg. 42 ss. e P. Ivaldi, L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, in AA. VV., Istituzioni di diritto internazionale, S. M. Carbone, R. Luzzatto, A. Santa Maria, (a cura di), Giappichelli, 2006, pagg. 129 ss.). Con riguardo, invece, alle fonti europee è necessario distinguere. Gli atti dotati di efficacia diretta (regolamenti e direttive self-executing) entrano nel nostro ordinamento giuridico tramite il disposto dell'art. 11 Cost e prevalgono sulle norme interne anche Costituzionali, ad esclusione dei principi supremi della Carta fondamentale. Del resto, come affermato dalla famosa sentenza della Corte di Giustizia, Van Gend en Loos, causa 26/62, del 5 febbraio 1963, il diritto europeo non solo impone obblighi ai Paesi dell'UE ma attribuisce anche diritti ai singoli, i quali possono avvalersi di tali diritti e invocare direttamente le norme europee dinanzi alle giurisdizioni nazionali ed europee, senza che sia necessario il recepimento della norma nell'ordinamento giuridico interno. Gli atti non dotati di efficacia diretta, invece, devono, pertanto, essere recepite entro un tempo limite da parte dello Stato o delle Regioni ed assumono, pertanto, nel nostro ordinamento il valore giuridico dell'atto che li recepisce. Infine, la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali si pone come parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost. nel giudizio di legittimità costituzionale (Cfr. Corte Cost. 348 e 349 del 24 ottobre 2007. In dottrina, tra i molti, F. Sorrentino, Apologia delle "sentenze gemelle" (brevi note a margine delle sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale), in Diritto e società, 2009; D. Tega, Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto, in Forum di quaderni costituzionali, 2008 e A. Ruggeri, La CEDU alla ricerca

AMBIENTEDIRITTO	

A partire da gennaio 2020, il suddetto sistema è stato interessato da una costante ed incessante adozione di atti normativi e precauzionali, provenienti, oltre che da fonti sovranazionali, da «tutti i livelli istituzionali di governo»⁶. Stato, Regioni, Enti locali, Ministeri e Uffici Territoriali hanno dato avvio ad un sistema di produzione normativa e provvedimentale senza precedenti, creando una catena di fonti del diritto in cui orientarsi pare un'impresa impossibile.⁷

di una nuova identità (sentt. nn. 348/2007 e 349/2007), in Forum dei Quaderni Costituzionali, 2007). In generale sul rapporto tra CEDU e ordinamento interno cfr., tra i molti, D. Trabucco, Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione?, in Osservatorio sulle fonti, 2018; A. Randazzo, La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione, Giuffré, 2017; A. Ruggeri, Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio, in diritticomparati.it, 2011; L. Condorelli, La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?, in Diritti umani e diritto internazionale, 2008; M. Cartabia, La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo, Torino, 2007.

⁶ A. MORELLI, *Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2020, pag. 1.

⁷ Si ricordi che la nostra Costituzione non contiene una specifica disposizione volta a regolare la distribuzione dei poteri in caso di emergenza. Nel testo costituzionale, infatti, una siffatta disciplina è prevista solo in tre ipotesi: stato di guerra (ex art. 78 Cost. deve essere deliberato dalle Camere, conferendo al Governo i poteri necessari), casi straordinari di necessità e urgenza, pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica. Nello specifico, l'art. 77 Cost. consente in casi straordinari di necessità e urgenza, al Governo di adottare, sotto la propria responsabilità, decreti legge, ossia atti aventi forza di legge, che perdono efficacia se non convertiti entro sessanta giorni. L'art. 120 Cost. attribuisce, invece, al Governo poteri sostitutivi nei confronti delle Regioni e degli enti locali nelle ipotesi di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, purché ciò avvenga in base a procedure definite con legge e nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Inoltre, provvedimenti eccezionali possono essere adottati, in situazioni di emergenza, anche ai sensi della legge 23 dicembre 1978, n. 833, con la quale è stato istituito il Servizio Sanitario Nazionale, nonché in forza del D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, recante il Codice della Protezione Civile, il quale, agli artt. 7, comma 1, lett. c) , e 24 consente la deliberazione dello stato di emergenza di rilievo nazionale.

AMBIENTEDIRITTO	

2. La gestione normativa e provvedimentale dell'emergenza covid-19.

I1 30 2020, l'Organizzazione Mondiale della gennaio Sanità (OMS)⁸ ha dichiarato l'emergenza sanitaria di interesse internazionale in relazione ad una malattia respiratoria acuta, denominata COVID-19.9 Poche ore più tardi le competenti autorità italiane hanno sospensione di tutti i collegamenti aerei tra l'Italia e la Cina¹⁰, disposto la dichiarando lo stato di emergenza sanitaria nel nostro Paese¹¹.

Alla suddetta dichiarazione hanno fatto subito seguito alcune Salute¹² volte ordinanze e circolari del Ministero della designare specifiche misure profilattiche contro il Coronavirus (2019 nuovo $nCoV)^{13}$, ad individuare e gestire potenziali infezione¹⁴, oltre i casi di provvedimenti adottati di concerto con le Regioni¹⁵ più colpite e nonché i volte a definire specifiche misure emergenziali di contenimento¹⁶.

- El'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) è un'organizzazione interna al sistema delle Nazioni Unite, istituita nel 1946, e volta a indirizzare e coordinare l'azione degli Stati in materia di salute, al fine di raggiungere il livello più alto possibile di tutela di detto bene fondamentale (Art. 1, Constitution of the world health organization). Nel perseguimento del suo obbiettivo, l'OMS può stipulare convenzioni, elaborare raccomandazioni ed adottare regolamenti, recepiti dagli Stati Membri. Detti regolamenti possono ricomprendere, tra il resto, misure sanitarie e di quarantena, nomenclature di malattie e norme di sanità pubblica. Il principale regolamento adottato dall'OMS è Regolamento Sanitario Internazionale (RSI), approvato, per la prima volta, nel 1969, recepito dall'Italia nel 1982 (Cfr. Legge 6 febbraio 1982, n. 106, Approvazione ed esecuzione del regolamento sanitario internazionale, adottato a Boston il 25 luglio 1969, modificato dal regolamento addizionale, adottato a Ginevra il 23 maggio 1973) e successivamente aggiornato e modificato nel 2007. Grazie a tale regolamento, che attribuisce all'OMS un ruolo emblematico nel monitoraggio e nel controllo delle situazioni epidemiche, l'OMS può adottare specifiche raccomandazioni permanenti o temporanee. Quest'ultime, durante il recente stato di emergenza sanitaria, hanno permesso l'adozione di piani d'azione e linee guida in materia di viaggi, commercio, screening e cure sanitarie, non vincolanti per gli Stati membri ma comunque dotati di valenza significativa. Nello specifico, si ricordi, ad esempio, il piano d'azione, predisposto il 3 febbraio 2020 (Cfr. World Health Organization, Strategic preparedness and response plan).
- ⁹ OMS, Novel Coronavirus(2019-nCoV), Situation Report-10, del 30.01.2020.
- ¹⁰ Art. 1, Ordinanza Ministero della Salute del 30.01.2020, Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019 nCoV), in G.U. n. 26 del 01.02.2020.
- ¹¹ Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. (20A00737), in GU n. 26 del 01.02 2020.
- ¹²Le ordinanze del Ministro della Salute, previste all'art. 32, 1. 833/1978, sono circoscritte alla tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone. In base al predetto disposto normativo, infatti, «1. Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. 2. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili, e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. 3. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. 5. Sono altresì fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico».
- ¹³Ordinanza del Ministero della Salute del 25.01.2020, Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019 nCoV) e Ordinanza Ministero della Salute del 30.01.2020, Misure profilattiche contro il nuovo Coronavirus (2019 nCoV). Si ricordi, inoltre, anche la circolare del 3 febbraio 2020 contenente indicazioni per gli operatori a contatto con il pubblico (Circolare del Ministero della Salute del 03.02.2020, Indicazioni per gli operatori dei servizi/esercizi a contatto con il pubblico).
- ¹⁴ Circolare del Ministero della Salute del 31.01.2020, Potenziali casi di coronavirus (nCoV) e relativa gestione.
- ¹⁵ L'adozione di ordinanze regionali in situazioni emergenziale trova fondamento nella l. 833/1978 e nel Codice della Protezione Civile (Sul punto *cfr.* M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in

AMBIENTEDIRITTO

Si aggiungano, inoltre, i provvedimenti del Capo del Dipartimento della protezione civile¹⁷, adottati in rispetto della delibera del Consiglio dei Ministri del 30 gennaio 2020, con la quale, le autorità competenti, oltre a dichiarare, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 7, comma 1, lettera c), e dell'articolo 24, comma 1, del Codice della protezione civile¹⁸, lo «stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili», hanno anche precisato che gli interventi emergenziali di soccorso e ripristino dei pubblici servizi ¹⁹avrebbero dovuto essere adottati con ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile, in deroga ad ogni disposizione vigente²⁰.

Rivista AIC, 2020, II, pag. 131: «Il Codice, a sua volta, per limitarsi all'essenziale (in particolare, a quanto concerne l'adozione di provvedimenti emergenziali), dispone che: a) sono autorità di protezione civile "i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, in qualità di autorità territoriali di protezione civile e in base alla potestà legislativa attribuita, limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni" (art. 3, comma 1, lett. b); b) sono articolazioni del Servizio nazionale della protezione civile "Le Regioni titolari della potestà legislativa concorrente in materia di protezione civile e le Province autonome di Trento e di Bolzano titolari della potestà legislativa esclusiva nelle materie previste dallo statuto speciale e dalle relative norme di attuazione" (art. 3, comma 2, lett. b), ma v. anche art. 4, comma 1); c) "Nel rispetto delle direttive adottate ai sensi dell'articolo 15 e di quanto previsto dalla legislazione regionale [...] i Presidenti delle Regioni, in qualità di autorità territoriali di protezione civile, esercitano le funzioni di vigilanza sullo svolgimento integrato e coordinato delle medesime attività [deve ritenersi: previste dall'art. 5] da parte delle strutture afferenti alle rispettive amministrazioni [...]" (art. 6, comma 1); d) "Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio delle rispettive potestà legislative ed amministrative, disciplinano l'organizzazione dei sistemi di protezione civile nell'ambito dei rispettivi territori, assicurando lo svolgimento delle attività di protezione civile di cui all'articolo 2" (art. 11, comma 1); e) "Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nell'esercizio della propria potestà legislativa, definiscono provvedimenti con finalità analoghe a quanto previsto dal presente articolo [si tratta delle ordinanze di protezione civile] in relazione alle emergenze, di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b), da adottarsi in deroga alle disposizioni legislative regionali vigenti, nei limiti e con le modalità indicati nei provvedimenti di cui all'articolo 24, comma 7" (art. 25, comma 11)».). Si tratta di un potere di intervento, quello riconosciuto alle regioni, affermato anche dalla Corte Costituzionale secondo cui, «anche in situazioni di emergenza la Regione non è comunque estranea, "giacché, nell'ambito dell'organizzazione policentrica della protezione civile, occorre che essa stessa fornisca l'intesa per la deliberazione del Governo e, dunque, cooperi in collaborazione leale e solidaristica" (sentenza n. 8 del 2016)», e in attuazione di tale principio di leale collaborazione, «il coinvolgimento delle Regioni è previsto in generale dal codice della protezione civile del 2018» (Corte Cost. n. 246/2019).

¹⁶ Ordinanza del Ministero della Salute e Regione Lombardia del 21.02.2020, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

¹⁷ Ocdpc n. 630 del 03.02.2020, Primi interventi urgenti di protezione civile in relazione all'emergenza relativa al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, in G.U. n. 32 del 08.02.2020.

¹⁸ D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1 che, all'art. 3, comma 1, lett. a), attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la qualifica di «autorità nazionale di protezione civile», oltre ai «poteri di ordinanza in materia di protezione civile» che, salvo disposizione contraria contenuta nella deliberazione dello stato di emergenza di cui all'art. 24, D.lgs. 1/2018, possono essere esercitati «per il tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile» (art. 5 D.lgs. 1/2018). All'art. 25, D.lgs. 1/2018, inoltre, sono previsti i limiti e il contenuto delle predette ordinanze, le quali, devono essere adottate, in deroga alle disposizioni vigenti, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione Europea. Con tali atti si dispone, *inter alia*, in ordine all'organizzazione e all'effettuazione degli interventi di soccorso ed assistenza alla popolazione, alle attività di gestione dei rifiuti, all'attivazione di misure economiche di immediato sostegno al tessuto economico e sociale nei confronti della popolazione e delle attività economiche e produttive, per fronteggiare le più urgenti necessità.

AMBIENTEDIRITTO

Il 23 febbraio, il D.L.²¹ n. 6 del 2020, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19²² ha ridefinito il quadro delle competenze nella gestione della crisi sanitaria, individuando le misure di contenimento che possono essere adottate nelle aree a rischio e lasciando alle autorità competenti la possibilità di imporre anche misure più contenitive e protettive. Misure che devono essere adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con uno o più decreti (DPCM²³) adottati su proposta del Ministro della Salute, sentiti altri ministeri e i Presidenti delle Regioni, nonché, nelle more dell'adozione di tali DPCM e nei casi di estrema necessità ed urgenza, da parte di Regioni ed enti locali.

Una siffatta ripartizione di competenze è stata riconfermata anche dal D.L. 25 marzo 2020, n. 19 che, dopo aver individuato le misure di contenimento che, in rispetto ai

¹⁹ «Fermo restando quanto previsto al comma 1, con le ordinanze di protezione civile si dispone, nel limite delle risorse disponibili, in ordine: a) all'organizzazione ed all'effettuazione degli interventi di soccorso e assistenza alla popolazione interessata dall'evento; b) al ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi e alle misure volte a garantire la continuità amministrativa nei comuni e territori interessati, anche mediante interventi di natura temporanea» (art. 25, comma 2, lettere a) e b), D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1).

Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili. (20A00737), in GU n 26 del 01 02 2020

²¹ Si rammenti che il Decreto legge costituisce una fonte utile per interventi volti ad circostanze di straordinaria necessità ed urgenza che, richiedendo interventi in tempi brevi, non sono compatibili con l'attività parlamentare. Del resto, come sottolineato della Corte Costituzionale nelle circostanze di necessità ed urgenza che giustificano l'adozione di un decreto legge sono ricomprese 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» (Corte Cost. 23 maggio 2007, n. 171, con commento di A. CELOTTO, C'è sempre una prima volta...(La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti), in giustamm.it, 2008; V. F. PATERNITI, Dalla astratta sindacabilità al concreto sindacato del decreto legge privo dei presupposti costituzionali: la corte costituzionale passa alle vie di fatto, in Forum dei Quaderni Costituzionali, 2007; A. GUAZZAROTTI, Il rigore della Consulta sulla decretazione d'urgenza: una camicia di forza per la politica?, in Forum dei Quaderni Costituzionali, 2007; S. BOCCALATTE, Tra norma e realtà: riflessioni sulla motivazione del decreto-legge alla luce della sentenza n. 171/2007, in federalismi.it, 2007 e P. CARNEVALE, Il vizio di "evidente mancanza" dei presupposti al debutto quale causa di declaratoria di incostituzionalità di un decreto-legge. Il caso della sentenza n. 171 del 2007, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 2007). In detta prospettiva un D.L. diviene un utile strumento per fronteggiare situazioni di emergenza sanitaria atteso che, da un lato, assicura un celere intervento ma, dall'altro, offre garanzie estranee agli atti extra ordinem, permette il coinvolgimento del Capo dello Stato, nell'emanazione del decreto, e del Parlamento, nella conversione in legge dello stesso (B. CARAVITA, L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana, in federalismi.it, 2020, VI, pag. 4 ss.).

²² D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, *Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in GU n. 45 del 23.02.2020, convertito con modificazioni dalla l. 13/2020.

²³ I decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), data la loro immediata approvazione, si presentato come uno strumento utile per intervenire in situazioni caratterizzate da imprevedibilità ed urgenza. Il loro utilizzo, tuttavia, deve avvenire nel rispetto dei limiti tipici delle ordinanze contingibili e urgenti ovvero nel rispetto dei criteri di provvisorietà, non astrattezza e proporzionalità imposti dall'emergenza. In caso contrario, se è necessario interventi con effetti permanenti ovvero in assenza dei requisiti di proporzionalità e pertinenza è preferibile lo strumento del decreto legge (B. CARAVITA, *op. cit.*, pag. 7.) Del resto, il DPCM costituisce un decreto ministeriale emanato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e, come noto, i decreti ministeriali sono usualmente utilizzati per dare attuazione a leggi o varare regolamenti (M. PAPPONE, *I rischi di una confusione semantica ai tempi dell'emergenza Coronavirus tra Decreti legge, ordinanze, DPCM e Circolari*, in *Iusinitinere*, 2020, pagg. 1 ss. e, in generale, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale, op.cit.*, pag. 364). Si tratta, quindi, di atti provenienti dall'autorità amministrativa che possono essere emanati solo se una legge conferisce tale potere e che rivestono la

AMBIENTEDIRITT(

principi di adeguatezza e proporzionalità, possono essere imposte sul territorio o su parte di esso, individua quali organi competenti all'adozione delle stesse il Presidente del Consiglio dei Ministri, il Ministro della Salute, in casi di estrema necessità e urgenza per situazioni sopravvenute ed, entro precisi limiti, i Presidenti delle Regioni interessate e i Sindaci.²⁴ In particolare, le misure urgenti di carattere regionale o intraregionale possono essere imposte da Regioni e Comuni nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM), con efficacia limitata fino a tale momento e solo in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario. Esse, inoltre, possono intervenire esclusivamente nell'ambito delle attività di loro competenza.²⁵

In un siffatto contesto, mentre gli organi statali sono intervenuti con decreti legge, DPCM e ordinanze del Ministero della Salute, oltre a provvedimenti di *soft law*; gli organi regionali hanno cercato di fronteggiare l'emergenza con decreti presidenziali²⁶ ed ordinanze adottate ai sensi dell'art. 32, comma 3, 1. 833/1978 e dell'art. 191, D.lgs. 152/2006.

In particolare, a livello statale, si ricordino il D.L. 2/2020²⁷, il D.L. 8/2020²⁸, il D.L. 14/2020²⁹, il D.L. 18/2020 (*c.d.* Cura Italia)³⁰, il D.L. 19/2020³¹, il D.L. 22/2020³², il D.L.

natura di fonte secondaria del diritto se presentano i requisiti propri degli atti normativi: innovatività, astrattezza e generalità. In caso contrario costituiscono meri atti amministrativi. In ogni caso, comunque, non possono mai derogare o contrastare con la Costituzione, con le fonti comunitarie e con la legge che attribuisce loro il potere. (Sul punto cfr. F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Dike giuridica, 2018, pag. 444 ss. secondo cui: «le fonti secondarie del diritto sono caratterizzate dai tre requisiti tradizionali degli atti normativi: innovatività, astrattezza e generalità. L'identificazione dell'atto normativo, e, in particolare l'individuazione degli elementi distintivi rispetto all'atto amministrativo generale (...) costituisce una delle problematiche più scottanti in tema di fonti». In dottrina, infatti, si sono sviluppati diversi orientamenti. Secondo i sostenitori del c.d. criterio formale, la qualificazione dell'atto non dipende dal suo contenuto ma dal nomen ad esso attribuito dall'amministrazione emanante e, in particolare, dal procedimento seguito per la sua adozione (M. S. GIANNINI, Diritto amministrativo, Milano, 1993). Secondo un diverso orientamento, invece, la natura dell'atto deve essere accertata avendo riguardo al suo contenuto. In particolare, secondo la più recente giurisprudenza, sono fonti del diritto gli atti espressione della potestà normativa dell'amministrazione, seconda rispetto a quella legislativa ma pur sempre dotata di portata innovativa nell'ordinamento giuridico e, quindi, gli atti contraddistinti da innovatività, oltre che generalità ed astrattezza. (Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, secondo cui: «è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i

²⁴ D.L. 25 marzo 2020, n. 19, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, in G.U. n. 79 del 25.03.2020.

²⁵ Art. 3 D.L. 25 marzo 2020, n. 19, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, in G.U. n. 79 del 25.03.2020.

²⁶ *Cfr.*, ad esempio, Decreto del Presidente della Regione Campania n. 51 del 20.03.2020 e il Decreto del Presidente della Regione Campania n. 37 del 27.02.2020.

²⁷ D.L. 2 marzo 2020, n. 9, *Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in GU n. 53 del 02.03.2020. Decreto legge decaduto.

²⁸ D.L. 8 marzo 2020, n. 11, Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, in G.U. n. 60 del 08.03.2020. Decreto legge decaduto.

²⁹ D.L. 9 marzo 2020, n. 14, *Disposizioni urgenti per il potenziamento del Servizio sanitario nazionale in relazione all'emergenza COVID-19*, in G.U. n. 62 del 09.03.2020.

AMBIENTEDIRITTO	

23/2020³³; il D.L. 26/2020³⁴, il D.L. 28/2020³⁵, D.L. 33/2020³⁶e il D.L. 34/2020³⁷. Si rammentino, altresì, il DPCM 8 marzo 2020, il DPCM 9 marzo 2020 (*c.d.* decreto #IoRestoaCasa), il DPCM 11 marzo 2020, il DPCM 22 marzo 2020, il DPCM 28 marzo 2020, il DPCM 1 aprile 2020, il DPCM 10 aprile 2020, il DPCM 26 aprile 2020; il DPCM 17 maggio 2020 e il DPCM 18 maggio 2020, nonché i numerosi decreti, ordinanze e circolari ministeriali³⁸, le note, le indicazioni, i protocolli operativi³⁹ e le *c.d.* FAQ ovvero risposte alle domande frequenti fornite dal Governo sulle misure emergenziali⁴⁰.

A livello regionale, si rammentino, invece, le numerose ordinanze relative alla gestione dei rifiuti durante il periodo emergenziale. Ordinanze che, come vedremo, si sovrappongono ad un quadro giuridico già particolarmente complesso ed articolato, destando inevitabili problemi di coordinamento e conseguente incertezza normativa. Esse, infatti, si sommano ad altri provvedimenti adottati, seppur con un certo ritardo, al fine di regolare la gestione dei rifiuti nel periodo emergenziale, in ossequio al legame inscindibile che esiste tra salute e ambiente.

3. Salute e ambiente. Il legame inscindibile tra vita e natura.

All'indomani della dichiarazione di emergenza sanitaria, la priorità è stata quella di tutelare la salute dei cittadini, disponendo misure contenitive volte a limitare alcuni diritti fondamentali della persona, dalla libertà di circolazione e soggiorno a quella di riunione in luogo pubblico.

³⁰ D.L. 7 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27. G.U. n. 70 del 17.03.2020 e G.U. n. 110 29.04.2020.

³¹ D.L. 25 marzo 2020, n. 19, *Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in G.U. n. 79 del 25.03.2020.

³² D.L. 8 aprile 2020, n. 22, *Misure urgenti sulla regolare conclusione e l'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato*, in G.U. n. 93 del 08.04.2020.

³³ D.L. 8 aprile 2020, n. 23, Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, in G.U. n. 94 del 8.04.2020.

³⁴ D.L. 20 aprile 2020, n. 26, *Disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020*, in G.U. n. 103 del 20.04.2020.

³⁵ D.L. 30 aprile 2020, n. 28, Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19, in G.U. n. 111 del 30.04.2020.

³⁶ D.L. 16 maggio 2020, n. 33, *Ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in G.U. n. 125 del 16.05.2020.

³⁷ D.L. 19 maggio 2020, n. 34, Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19.

³⁸ Si ricordini, ad esempio, il Decreto del ministero dell'economia e delle finanze del 24 febbraio 2020, *Sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi tributari a favore dei contribuenti interessati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19* in G.U. n. 48 del 26.02.2020; l'Ordinanza del Ministero della Salute del 20 marzo 2020, *Ulteriori misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull'intero territorio nazionale* in G.U. n. 73 del 20.03.2020; la circolare n. 15350/117(2) Uff. III- Prot. Civ. del 02.05.2020 ovvero la circolare n. 1100 l/119/7 Uff. II - Ord. e sic. Pub. del 04.05.2020.

³⁹ Si ricordi, ad esempio, il protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro.

⁴⁰ Consultabili all'indirizzo www.governo.it.

A tal fine si è inciso sugli spostamenti, vincolandoli ai soli casi di necessità per esigenze lavorative, motivi di salute o acquisto di beni primari. Si è, in particolare, disposta la chiusura di strade urbane, parchi e altri luoghi pubblici o aperti al pubblico, si è imposta la quarantena ai soggetti infetti o potenzialmente tali, si sono vietati gli assembramenti e ridotti i servizi di trasporto di persone e di merci, nonché la presenza fisica dei lavoratori negli uffici e nelle sedi professionali e commerciali, predisponendo modalità di lavoro agile o di didattica a distanza. In un siffatto contesto, tuttavia, i competenti organi statali e regionali paiono essersi dimenticati, quantomeno in un primo momento, dello stretto legame che esiste tra salute e ambiente. Nessuna delle misure adottate per contenere il diffondersi del covid-19 ha riguardato l'ambiente, sebbene lo stesso, nel nostro ordinamento giuridico, riceva una tutela costituzionale ai sensi degli articoli 2, 9⁴¹, 32, 117 e 118 Cost. del e sebbene, ormai da cinquant'anni, la tutela dell'ambiente abbia assunto una portata applicativa strettamente connessa alla salvaguardia della salute.

A partire dalla metà degli anni '70, infatti, l'ambiente è stato inteso come diritto fondamentale della persona. In altre parole, la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto dell'uomo ad un *habitat* naturale salubre.⁴³ Nella decisione n. 5172 del 1979, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, hanno affermato che «il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre».⁴⁴ In senso analogo, secondo la Corte Costituzionale, l'ambiente deve essere

⁴¹ L'art. 9 Cost. è stato il primo disposto costituzionale che ha assunto valore ai fini della tutela dell'ambiente. Il termine paesaggio, infatti, se, in un primo momento, era considerato sinonimo di bellezze naturali e paesaggistiche, in un secondo momento, ha assunto un significato diverso, divenendo un bene necessario per la tutela e lo sviluppo della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali. Nello specifico, il termine paesaggio è stato definito come una «determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni» (art. 1 della Convenzione europea del paesaggio del 19 luglio 2000) ovvero come «territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni» (art. 131 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). In altre parole, il paesaggio ha assunto un significato riconducibile alla tutela della "forma del Paese", legandosi, sempre di più al termine ambiente che, almeno sino alla fine degli anni settanta, era considerato un sinonimo di contesto e quindi strettamente legato al patrimonio nazionale. Solo successivamente, infatti, si è affermata una nozione di ambiente più ampia, indipendente da quella di paesaggio e, quindi, vincolata ad altri principi costituzionale, tra cui, quello di cui all'art. 32 Cost. Per un'analisi più approfondita sul punto cfr. E. MOSTACCI, L'ambiente e il suo diritto nell'ordinamento costituzionale, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI, Trattato di diritto dell'ambiente, (a cura di) R. FERRARA E C. E. GALLO, Giuffrè, 2014, pag. 271 ss.

⁴² Non solo, sulla tutela dell'ambiente incidono, anche se indirettamente, gli articoli 41, 42, 44 Cost., nonché gli articoli 5, 10, 11 e 97 Cost. che, confermano l'adesione dell'Italia alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, incluse quelle relative all'ambiente (art. 10 Cost.), costituiscono il presupposto costituzionale per la partecipazione dell'Italia all'Unione europea e al recepimento della normativa, tra qui quella ambientale (art. 11 Cost.) e permettono di disciplinare gli aspetti organizzativi e l'attività amministrativa, legata anche all'azioni a tutela del patrimonio naturale (artt. 5 e 97 Cost.).

⁴³ In dottrina, in senso conforme, *cfr.*, tra i molti, A. POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, Jovene, 1982, pag. 23 e E. CAPACCIOLI, F. DAL PIAZ, Ambiente (tutela dell'), in *Digesto Italiano*, Utet, 1980, pagg. 257 ss. In senso opposto, *cfr.* S. GRASSI, *Tutela dell'ambiente (diritto amministrativo*), voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Giuffrè, 2007; F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. Ec.*, 2002, pagg. 215 ss. e M.S. GIANNINI, "*Ambiente*": *saggio sui diversi aspetti giuridici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973., pagg. 15 ss., secondo i quali la configurazione dell'ambiente come diritto soggettivo ad un *habitat* naturale salubre non soddisfa le esigenze di tutela del patrimonio naturale che richiedono interventi di tutela collettività, piuttosto che individuale.

⁴⁴ Cass. civ., S.U., 6 ottobre 1979 n. 5172.

А	MBIENTEDIRITTO

inteso come «diritto fondamentale della persona ed interesse fondamentale della collettività» in quanto posto a presidio di valori costituzionalmente tutelati (artt. 9 e 32 Cost.)⁴⁵.

Allo stesso tempo, l'evoluzione giurisprudenziale post riforma costituzionale ha condotto ad interpretare l'ambiente come materia. Esso è divenuto un vero e proprio sistema tutelabile in sé e per sé. ⁴⁶ Se è vero, quindi, che la tutela dell'ambiente non deve aver luogo al solo fine di preservare la salute, è anche vero che quest'ultima non può prescindere da un habitat naturale sano. Del resto, l'ambiente è un «elemento determinativo della qualità della vita». La sua salvaguardia, oltre a rispondere a «finalità naturalistiche o estetizzanti», assicura anche all'uomo un habitat naturale nel quale poter vivere ed agire⁴⁷.

Ne consegue un legame inscindibile tra patrimonio naturale ed esseri viventi: la tutela del primo, assicura la vita dei secondi. Permettendo di preservare risorse esauribili (si pensi, ad esempio, all'acqua) garantisce alle generazioni presenti e a quelle future beni primari⁴⁸. Non solo, le azioni di salvaguardia ambientale, volte a ridurre l'inquinamento, consentono di contenere i disastri naturali, diminuire la desertificazione e la perdita della biodiversità ovvero di arginare elementi che, limitando le risorse alimentari disponibili ed agevolando la diffusione di sostanze dannose per la salute umana, incidono sulla qualità della vita di milioni di persone.

Del resto, di tale inscindibile legame tra inquinamenti ambientali e qualità della vita umana si è consapevoli ormai da diversi anni (o forse addirittura secoli). Già nelle opere di Lucio Anneo Seneca troviamo, infatti, alcuni riferimenti all'esigenza di ridurre le esalazioni delle cucine e dallo smaltimento non regolato dei rifiuti, al fine di eliminare quella «atmosfera nauseabonda» che aggredisce la città. Un'atmosfera «causata da un lato dai miasmi provenienti dalle fumiganti cucine e dall'altro dal contestuale diffondersi delle costanti esalazioni tipiche di rifiuti smaltiti senza regole».⁴⁹

Analogamente, il *c.d.* caso Trail Smelter Arbitration, analizzando una controversia tra Stati Uniti e Canada, sorta a causa dei danni provocati ai raccolti statunitensi dai gas tossici derivanti da una fonderia canadese, oltre ad introdurre il principio che vieta di arrecare danni transfrontalieri, ha posto alla luce il rapporto esistente tra attività industriale, inquinamento atmosferico e riduzione delle risorse alimentari.⁵⁰

Più recentemente, le numerose malattie sviluppate dai cittadini di Roma nord e di Cesano, residenti vicini all'antenna di Santa Maria di Galeria, hanno portato alla luce il difficile rapporto tra salute ed inquinamento elettromagnetico, causando una nota battaglia giudiziaria contro le onde emesse da Radio Vaticana, conclusasi, nel 2005, con

⁴⁵ C. Cost. 210 del 28 maggio 1987.

⁴⁶ A partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione, l'ambiente è stato definito come un vero e proprio sistema omnicomprensivo di diversi interessi: dalla «conservazione ambientale e paesaggistica», al «governo del territorio» sino alla «valorizzazione dei beni culturali ed ambientali» (Corte Cost. 367/2007).

⁴⁷ C. Cost. 641 del 30 dicembre 1987. Cfr. B. CARAVITA, Il danno ambientale tra Corte dei Conti, legislatore e Corte Costituzionale, in Rivista giuridica dell'ambiente, 1988, pagg. 108 ss. e A. POSTIGLIONE, Il recente orientamento della Corte costituzionale in materia ambientale, in Rivista giuridica dell'ambiente, 1988, pagg. 93 ss.

⁴⁸ Sul tema, si rinvia, per ulteriori approfondimenti a L. SALVEMINI, *Stress idrico vs sviluppo sostenibile. Il complesso rapporto tra qualifica giuridica, sistema di gestione e tutela dell'acqua*, in *Federalismi.it*, 2019, pagg. 5 ss

⁴⁹ LUCIO ANNEO SENECA, Lettere a Lucilio (4 a.C. - 65 d.C.).

⁵⁰ Trail smelter case (United States, Canada), in Reports of International Arbitral Awards. Recueil des Sentences Arbitrales, 1938/1941, vol. III, UNRIA, pagg. 1905 ss. Il testo della sentenza è consultabile all'indirizzo: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf. In dottrina *cfr*. T. SCOVAZZI, *Considerazioni sulle norme internazionali in materia di ambiente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, pagg. 590 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

una storica sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 674 c.p.⁵¹. Analogamente, l'aumento delle forme tumorali sviluppate da parte dei cittadini residenti in alcune aree di Taranto ha posto l'attenzione, nel noto caso ILVA, sul rapporto tra inquinamento atmosferico ed effetti sanitari.⁵²

In conclusione è innegabile una connessione tra salvaguardia ambientale e tutela della salute; connessione che in situazioni di emergenza sanitaria (e non solo) impone di intervenire e regolare anche tutte quelle attività che sono in grado di incidere, direttamente o indirettamente, sul bene ambiente, tra cui quella di gestione dei rifiuti.

4. Emergenza sanitaria e rifiuti. Le prime indicazioni dell'Istituto Superiore della Sanità.

Il trinomio salute, ambiente e rifiuti è espresso dall'articolo 177 comma 1 del Decreto legislativo 152 del 2006, Codice dell'Ambiente, che colloca tra le misure volte a proteggere il patrimonio naturale e la salute umana anche la gestione dei rifiuti.

Del resto, una non corretta gestione dei rifiuti provoca emissioni nocive ovvero sversamenti nel suolo e nella acque, ingenerando inquinamento diffuso e spargimento di microorganismi patogeni. Effetti che, inevitabilmente, incidono sulla salubrità del habitat naturale circostante e, quindi, direttamente o indirettamente, sulla salute pubblica.

In un siffatto contesto, è inevitabile che in situazioni già caratterizzate da criticità sanitarie, l'adozione di procedure di raccolta e smaltimento dei rifiuti non corrette o comunque non adeguate alla realtà emergenziale rischi di vanificare gli sforzi volti a tutelare la salute pubblica, esponendo i cittadini a nuovi rischi. Da qui, l'esigenza di intervenire sul trattamento dei rifiuti prodotti durante l'emergenza sanitaria ed, in particolare, di quei rifiuti provenienti da soggetti positivi al covid-19 ovvero sottoposti a quarantena precauzione, in quanto rifiuti infetti o potenzialmente tali.

Un primo intervento in tal senso si è avuto da parte dell'Istituto Superiore della Sanità (ISS), il 13 marzo 2020, con la predisposizione e la divulgazione di una guida pratica per eliminare i rifiuti domestici.

Nella suddetta guida, si suggeriva ai soggetti in quarantena obbligatoria di non procedere con la raccolta differenziata e di chiudere i propri rifiuti in due o tre sacchetti possibilmente resistenti, ponendoli uno dentro l'altro, all'interno del contenitore utilizzato per la raccolta indifferenziata, se possibile a pedale, e in locali non accessibili agli animali domestici. Nello specifico, ai predetti soggetti veniva suggerito di gettare tutti i rifiuti (plastica, vetro, carta, umido, metallo e indifferenziata, ivi compresi i fazzoletti, rotoli di carta, mascherine, guanti e teli monouso) nello stesso contenitore utilizzato per la raccolta indifferenziata, di chiudere bene i sacchetti senza schiacciarli

⁵¹ In dottrina, *cfr.*, tra i molti, G. AMENDOLA, *Art. 674 cod. pen., emissioni moleste e inquinamenti: la cassazione ci ripensa, in lexambiente.it, 2012*; G. AMENDOLA, *Radio vaticana, elettrosmog e cassazione: una sentenza molto discutibile, in lexambiente.it, 2008* e A. CHIRICO, *Il caso Radio Vaticana diritto alla salute e i diritti della chiesa, in Diritto Ecclesiastico, 2003*.

⁵² Sul tema, in merito alla vicenda inerente l'ILVA di Taranto cfr. D. PAMELIN, Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-CHEVRON, in costituzionalismo.it, 2, 2017, pagg. 4 ss.; R. SABIA, Responsabilità degli enti e reati ambientali. Al banco di prova del principio di legalità. Il caso delle fattispecie associative, in Il nuovo diritto penale ambientale, 2018, pagg. 305 ss.; L. SALVEMINI, Ilva di Taranto, in QuotidianoLegale.it, 2013; L. SALVEMINI, ILVA: Ordinanza GIP di Taranto. Il testo integrale, in QuotidianoLegale.it, 2012; S. CORBETTA, Il disastro provocato dall'Ilva di Taranto, tra forzature giurisprudenziali e inerzie del legislatore, in Corriere del merito, 2012.

AMBIENTEDIRITTO	

con le mani, usufruendo dei lacci di chiusura o nastro adesivo, nonché indossando guanti monouso che, una volta terminate le operazioni, andavano gettati nel nuovo sacchetto preparato per la raccolta indifferenziata. Veniva, in ultimo, indicato di far smaltire i rifiuti ogni giorno.⁵³

Al contrario, ai soggetti non positivi veniva raccomandato di proseguire la raccolta differenziata, ad eccezione di mascherine e guanti, i quali, unitamente ai fazzoletti di carta, devono essere buttati nella raccolta indifferenziata. Anche a tali soggetti veniva comunque suggerito di utilizzare, per i rifiuti indifferenziati, due o tre sacchetti possibilmente resistenti (uno dentro l'altro) all'interno del contenitore abitualmente adoperato, di chiudere bene il sacchetto e di smaltirlo come indifferenziata.⁵⁴

Poco più di quindici giorni dopo, l'Istituto Superiore della Sanità (ISS) ha diffuso un secondo documento, nel quale precisava che, per i rifiuti urbani prodotti nelle abitazioni ove soggiornano soggetti positivi o in quarantena obbligatoria, la scelta ideale sarebbe stata quella di riferirsi al DPR 254/2003, così qualificando detti rifiuti come sanitari pericolosi a rischio infettivo e disponendo le conseguenti prescrizioni per la raccolta e lo smaltimento⁵⁵.

Allo stesso tempo, tuttavia, l'ISS ha dichiarato di essere consapevole che la procedura prevista dal DPR 254/2003 avrebbe potuto essere di difficile attuazione per l'assenza di contratti in essere con aziende specializzate nella raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti sanitari a rischio infettivo. Il documento in esame raccomandava quindi procedure ritenute sufficientemente protettive per la salute pubblica. In particolare, oltre a ribadire quanto già prescritto con la precedente nota, sopra richiamata, l'ISS individuava alcune regole comportamentali anche per gli operatori e per le aziende del settore di raccolta e smaltimento rifiuti, nonché per i volontari che svolgono assistenza domiciliare. Si consigliava di aumentare la frequenza della raccolta al fine di evitare che la permanenza dei rifiuti nelle abitazioni, nonché di destinare i predetti all'incenerimento senza alcun pretrattamento o ulteriore selezione ovvero, in casi di impossibilità, in impianti di trattamento meccanico, meccanico-biologico o biologico meccanico, sterilizzazione o discarica, senza pretrattamenti. In dette ipotesi, tuttavia, si consigliava di evitare la selezione manuale dei rifiuti, di ridurre la loro movimentazione, nonché di confinare gli stessi, coprendoli al fine di evitare la dispersione di agenti patogeni.56

Le suddette osservazioni riproducono, seppur solo in parte, quanto contenuto in altri documenti intervenuti sul tema che, come si vedrà, hanno previsto ulteriori prescrizioni, dando adito a numerose discussioni. Si tratta, in particolare, delle indicazioni dell'Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA)⁵⁷, nonché della circolare del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare⁵⁸.

⁵³ Istituto Superiore di Sanità, guida pratica del 14.03.2020.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Istituto Superiore di Sanità, Gruppo di Lavoro ISS Ambiente e Gestione dei Rifiuti, *Rapporto ISS COVID-19*, n. 3/2020 Rev. Indicazioni ad interim per la gestione dei rifiuti urbani in relazione alla trasmissione dell'infezione da virus SARS-CoV-2, 31.03.2020.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA), Prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti – emergenza covid-19, 23.03.2020.

⁵⁸ Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, Circolare ministeriale recante "Criticità nella gestione dei rifiuti per effetto dell'Emergenza COVID 19 – indicazioni", n. 22276 del 30.03.2020.

AMBIENTEDIRITTO	

4.1. Le note di ISPRA, la circolare del Ministero dell'Ambiente e le ordinanze regionali: facciamo chiarezza.

Subito dopo il primo intervento dell'Istituto Superiore della Sanità, il tema rifiuti covid-19 è stato oggetto di attenzione anche da parte dell'Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA) e del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare.

Nello specifico, l'Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e il Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA) hanno adottato alcune prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti covid-19. In dette note, veniva precisata la classificazione dei rifiuti urbani indifferenziati con codice 200301 e consigliata l'adozione di alcune misure per evitare il sovraccarico degli impianti di gestione e la conseguente interruzione del servizio. In particolare, veniva consigliato, oltre ad un rinvio dei termini amministrativi, di incrementare la capacità di deposito temporaneo e le capacità di stoccaggio e di garantire il prioritario incenerimento dei rifiuti sanitari a rischio infettivo o lo smaltimento in discarica in caso di difficoltà di destinazione⁵⁹.

Si tratta di previsioni che, pochi giorni dopo, sono state riprese e sviluppate dal Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare nella circolare del 30 marzo 2020⁶⁰, la quale, oltre a qualificare i rifiuti in parola come urbani non differenziati, ha fornito alcune indicazioni sulle misure adottabili dalla Regioni per risolvere le criticità dovute all'emergenza COVID 19. In altre parole, la circolare ministeriale consiglia l'adozione di ordinanze regionali ai sensi dell'art. 191 D.lgs. 152/2006 al fine di disciplinare:

la capacità di stoccaggio degli impianti, consentendo un aumento, disposto con SCIA *ex* art. 19 L. 241/90, entro un limite massimo inferiore al 50%;

il deposito temporaneo dei rifiuti, consentendo un incremento fino ad un quantitativo massimo doppio di quello individuato a livello legislativo⁶¹ e per una durata non superiore a 18 mesi ovvero, con riguardo al deposito presso i centri di raccolta comunali, un aumento della capacità annua ed istantanea di stoccaggio, nel limite massimo del 20%, fino ad una durata doppia di quella individuata dal D.lgs. 152/2006; gli impianti di incenerimento, autorizzando un incremento della capacità termica massima valutata in sede di autorizzazione, al fine di consentire la gestione dei rifiuti urbani indifferenziati e garantire la possibilità di destinare ad incenerimento i fanghi di depurazione; lo smaltimento in discarica, consentendo, con SCIA, una modifica temporanea delle autorizzazioni per consentire il conferimento di rifiuti privi di possibili destinazioni alternative. Nei mesi successivi, su questi aspetti sono intervenuti altri numerosi provvedimenti.

⁵⁹ Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA), Prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti – emergenza covid-19, 23.03.2020 e Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA), I rifiuti costituiti da dpi usati, 5.2020.

⁶⁰ Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, *Circolare ministeriale recante "Criticità nella gestione dei rifiuti per effetto dell'Emergenza COVID 19 – indicazioni"*, n. 22276 del 30.03.2020. ⁶¹ *cfr.* Art. 183, comma 1, lettera bb), punto 2 D.lgs. 152/2006.

AMBIENTEDIRITTO

In merito alla qualificazione dei rifiuti covid-19, l'Istituto Superiore della Sanità, l'Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e il Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA)⁶² hanno distinto a seconda che guanti e mascherine provengano da ambiente domestico o meno. Nel primo caso, tali dispostivi di protezione personale sono qualificati come rifiuti urbani indifferenziati. Nel secondo caso, invece, la qualificazione muta a seconda dell'attività svolta nell'ambiente non domestico in cui sono prodotti ed, in particolare, a seconda che nelle attività detti rifiuti siano o meno già stati assimilati ai rifiuti urbani indifferenziati. ⁶³

Non solo, più recentemente, sul punto è intervenuta anche la legge di conversione del D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (Decreto Liquidità) che ha introdotto l'art. 30 *bis*, disciplinando la gestione dei rifiuti sanitari derivanti da strutture ospedaliere o simili. In particolare, il predetto disposto normativo, dispone che, fino a trenta giorni dopo la dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza sanitaria, i rifiuti siano sottoposti a sterilizzazione ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. m) DPR 254/2003 e poi sottoposti al regime giuridico dei rifiuti urbani.⁶⁴

Con riguardo, invece, agli altri aspetti sopra ricordati, ed in particolare, in relazione al deposito temporaneo di rifiuti, in sede di conversione, il D.L. 18/2020 è stato integrato con l'art. 113 *bis* che ha recepito le indicazioni ministeriali, consentendo l'aumento da 30 a 60 metri cubi (20 di rifiuti pericolosi)⁶⁵.

A questo quadro normativo già complicato, si aggiungo anche le numerose ordinanze regionali che, facendo seguito alla circolare ministeriale e ai successivi interventi legislativi e provvedimentali, sono intervenute *ex* art. 191 D.lgs. 152/2006.

Si ricordi l'ordinanza della Regione Piemonte 44/2020⁶⁶, le ordinanze della Regione autonoma Valle d'Aosta 181/2020 e 222/2020; i provvedimenti della Regione Liguria 23/2020 ovvero il decreto 9/2020 e le ordinanze 8/2020, 23/2020 e 29/2020⁶⁷; le ordinanze della Regione Lombardia 520/2020 e 554/2020⁶⁸; le ordinanze della Regione

⁶² Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA), I rifiuti costituiti da dpi usati, 5.2020.

⁶³ Istituto Superiore di Sanità, Rapporto COVID-19 n 26/2020, Indicazioni ad interim su gestione e smaltimento di mascherine e guanti monouso provenienti da utilizzo domestico e non domestico Gruppo di Lavoro ISS Ambiente – Rifiuti COVID-19, 18 maggio 2020.

⁶⁴ D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché' interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi processuali».

⁶⁵ Art. 113 bis D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

 ⁶⁶ Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale Piemonte del 15 aprile 2020, n. 44 ex art. 191 D.lgs. 152/2006:
 "Ordinanza contingibile e urgente del Presidente della Giunta regionale per il ricorso temporaneo a particolari forme di gestione dei rifiuti per garantire la continuità delle attività ed operazioni connesse alla raccolta differenziata dei rifiuti, al fine di scongiurare interruzioni di servizio dovute alla situazione emergenziale Covid-19".
 ⁶⁷ Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale Liguria n. 8 del 2020: "smaltimento di rifiuti domestici provenienti da abitazioni in cui sono presenti soggetti positivi al tampone per Covid-19 in isolamento o quarantena."

provenienti da abitazioni in cui sono presenti soggetti positivi al tampone per Covid-19, in isolamento o quarantena obbligatoria"; Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale Liguria n. 23 del 2020: "deroghe al deposito temporaneo di rifiuti e differimento del versamento dei diritti di iscrizione al registro della attività di gestione rifiuti di cui al D.M. 350/1998" e Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale Liguria n. 29 del 2020: "disposizioni per la gestione dei rifiuti costituiti da dispositivi per la protezione individuale usati".

⁶⁸ Decreto Regione Lombardia, n. 520 del 01.04.2020, Ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell'art. 191 del d.lgs. 152/2006. Disposizioni urgenti in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica a seguito dell'emergenza epidemiologica da covid-19 e Decreto Regione Lombardia, n. 554 del 29.05.2020, Ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell'art. 191 del d.lgs.152/2006. disposizioni urgenti in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica a seguito dell'emergenza epidemiologica da covid-19. –modifica dei punti 3, 8, 9, 12, 13 e 15 e cessazione efficacia

Д	MBIENTEDIRITTO

Emilia-Romagna 43/2020, 57/2020, 79/2020 e 102/2020⁶⁹; l'ordinanza della Provincia autonoma di Trento n. A001/2020/207099/1 del 2020⁷⁰; le ordinanze della Regione Veneto 32/2020 e 41/2020⁷¹; l'ordinanza del Presidente della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia 1/2020/AMB⁷²; le ordinanze della Regione Toscana 13/2020; 22/2020 e 25/2020⁷³; le ordinanze della Regione Umbria 13/2020 e 24/2020⁷⁴; le ordinanze della Regione Marche 17/2020 e 23/2020⁷⁵; le ordinanze della Regione Lazio Z00015/2020 e Z00022/2020⁷⁶; le ordinanza della Regione Abruzzo 13/2020 e 66/2020⁷⁷; l'ordinanza della Regione Campania 38/2020⁷⁸; le ordinanze della Regione Molise 13/2020 e 33/2020⁷⁹; le ordinanze della Regione Basilicata 8/2020 e 13/2020⁸⁰; l'ordinanza della Regione Puglia 206/2020⁸¹; l'ordinanza della Regione Calabria 28/2020⁸²; l'ordinanza

del punto 21 dell'ordinanza n.520 del 1° aprile 2020.

69 Del Presidente della Giunta regionale Emilia-Romagna n. 43 del 20.03.2020: "Ordinanza ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, e dell'art. 191 del D.Lgs. 152/2006 n. 833. disposizioni urgenti in materia di gestione dei rifiuti a seguito dall'emergenza epidemiologica da Covid-19"; Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Emilia-Romagna n. 57 del 03.04.2020, "Ordinanza ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in tema di misure per la gestione dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione della sindrome da COVID-19. Disposizioni in materia di trasporto, rifiuti e sanità privata"; Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Emilia-Romagna n. 79 del 20.03.2020, adottata ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 e dell'art. 191 del D.lgs. 152/2006, su "Disposizioni urgenti in materia di gestione dei rifiuti a seguito dall'emergenza epidemiologica da COVID-19" e Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Emilia-Romagna n. 102 del 03.04.2020, adottata ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in tema di misure per la gestione dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione della sindrome da COVID-19. Disposizioni in materia di trasporto, rifiuti e sanità privata.

To Ordinanza del Presidente della Provincia autonoma di Trento del 10.04.2020, prot. N. A001/2020/207099/1: "Ulteriore ordinanza contingibile -urgente concernente il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti ai sensi dell'art. 191 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ("Norme in materia ambientale"), nonché disposizioni relative a scadenze, adempimento, obblighi informativi, provvedimenti amministrativi e sanzionatori in materia ambientale". Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Veneto n. 32 del 19.03.2020: "Disposizioni urgenti per la gestione dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo prodotti dalle strutture sanitarie regionali a seguito dell'emergenza epidemiologica COVID-19 e per la gestione dei rifiuti urbani prodotti nelle aree dichiarate focolaio. Art. 191 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 ss.mm.ii." e Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Veneto n. 41 del 15.04.2020: "Disposizioni urgenti in materia di gestione rifiuti a seguito dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Art. 191 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 ss.mm.ii".

⁷² Ordinanza del Presidente della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia n. 1/2020/AMB. Direzione centrale difesa dell'ambiente, energia e sviluppo sostenibile. Ordinanza contingibile e urgente *ex* art. 191, D.lgs. 152/2006. Misure urgenti in materia di gestione dei rifiuti nel periodo di emergenza epidemiologica da COVID2019.

⁷³ Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Toscana n. 13 del 16.03.2020, n. 22 del 01.04.2020, n. 25 del 06.04.2020: "Emergenza epidemiologica da COVID-19. Misure per la gestione dei rifiuti - Ordinanza ai sensi dell'art. 191 del D.lgs. 152/2006".

⁷⁴ Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Umbria del 30.03.2020, n. 13: "Ulteriori misure per la gestione dell'Emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 191 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 in materia di gestione dei rifiuti urbani provenienti da abitazioni di pazienti positivi al SARS-Cov-2 in isolamento o in quarantena obbligatoria nonché per la gestione di impianti per il trattamento della frazione organica" e Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Umbria del 14.05.2020, n. 24: "Ulteriori misure per la gestione dell'Emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'art. 191 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 concernente l'assimilazione dei rifiuti prodotti nell'esercizio delle attività economiche-produttive, comprese quelle commerciali e di servizi, al fine di assicurare le misure anticontagio".

⁷⁵ Ordinanze del Presidente della Giunta regionale n. 17 del 01.04.2020 e n. 23 del 24.4.2020.

⁷⁶ Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Lazio n. Z00015 del 25.03.2020 e Z00022 del 01.04.2020 avente ad oggetto "ulteriori misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza contingibile e urgente ai sensi dell'articolo 191 del D.Lgs. 152/2006. Ricorso temporaneo a forme

А	MBIENTEDIRITTO

della Regione Siciliana $1/2020^{83}$ e l'ordinanza della Regione autonoma Sardegna $16/2020^{84}$.

Si tratta di più di venti provvedimenti regionali, ognuno dei quali presenta delle proprie peculiarità. In merito all'aumento della capacità annua di stoccaggio, ad esempio, le Regioni hanno regolato in modo diverso sia il limite massimo di aumento consentito, sia i presupposti necessari per poter operare tale incremento. Se la Regione Piemonte, infatti, ha previsto percentuali di aumento differenti a seconda che via sia o meno l'adeguamento della fideiussione⁸⁵, la maggior parte della altre Regioni ha, invece, consentito l'aumento senza alcun onere aggiuntivo. Non solo, vi sono delle differenze regionali anche in relazione alle percentuali di aumento consentite: la regione

speciali di gestione dei rifiuti con ricorso a regimi straordinari, al fine di evitare l'interruzione del pubblico servizio di gestione dei rifiuti".

- ⁷⁷ Ordinanza n. 13 del 22.03.2020 della Regione Abruzzo adottata ex art. 191 del D.lgs. 152/06 e s.m.i. e dell'art. 53, comma 1, della L.R. 45/07 e s.m.i. per disporre l'applicazione sul territorio regionale di "Indirizzi operativi per la gestione dei rifiuti urbani Disposizioni urgenti per il sistema impiantistico Emergenza COVID-19" e Ordinanza n. 66 del 27.05.2020 della Regione Abruzzo: "Emergenza Covid-19. Ordinanza contingibile e urgente per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti provenienti dalle attività produttive ai sensi dell'art. 191 del D.lgs. 03.04.2006, n. 152 e s.m.i. e art. 53 della L.R. 45/07 e s.m.i. Disposizioni tecnico-gestionali per il corretto smaltimento dei Dispositivi di Protezione Individuali (DPI), provenienti dalle attività economico-produttive".
- ⁷⁸ Ordinanza della Regione Campania n. 38 del 23.04.2020, riguardante "Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID 2019. Ordinanza ai sensi dell'art. 191, del d.lgs. n. 152 del 2006. Disposizioni urgenti in materia di gestione dei rifiuti a seguito dell'emergenza epidemiologica da COVID-19".
- ⁷⁹ Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Molise n. 13 del 02.04.2020: "Emergenza covid-19 indirizzi operativi per la gestione dei rifiuti urbani e per il sistema impiantistico. ordinanza ex art. 191 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e ss.mm. e ii." e Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Molise n. 33 del 10.06.2020: "Emergenza Covid-19 indirizzi operativi per la gestione dei rifiuti urbani e per il sistema impiantistico. ordinanza ex art. 191 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e ss.mm. e ii. Integrazione ordinanza del presidente della Giunta regionale Molise n. 13 del 2 aprile 2020".
- 80 Ordinanza del Presidente Giunta regionale Basilicata n. 8 del 21.3.2020: "Ulteriori misure urgenti per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Ordinanza ai sensi dell'articolo 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833. Disposizioni in materia di trattamento dei rifiuti urbani" e Ordinanza del Presidente Giunta regionale Basilicata n. 13 del 31.03.2020 ex articolo 191 del Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e successive modificazioni e integrazioni. Disposizioni per consentire il ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti urbani.
- ⁸¹ Ordinanza del Presidente della Giunta Regionale Puglia del 11 aprile 2020, n. 206: "Misure per fronteggiare le criticità nella gestione dei rifiuti per effetto dell'Emergenza SARS-CoV-2".
- 82 Ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 28 del 10.04.2020, relativa ad "Urgenti misure per assicurare la corretta gestione dei rifiuti correlate alla prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 e dell'art. 117, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 e dell'art. 191 del D.Lvo n. 152/2006".
- ⁸³ Ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 1/rif. del 27.03.2020 ricorso temporaneo ad una speciale forma di gestione dei rifiuti urbani a seguito dell'emergenza epidemiologica da virus Covid-19.
- ⁸⁴ Ordinanza della Regione autonoma Sardegna n. 16 del 3 aprile 2020 relativa a "*Ulteriori misure straordinarie* urgenti di contrasto e prevenzione della diffusione epidemiologica da COVID-2019 nel territorio regionale della Sardegna. Ordinanza ai sensi dell'art. 32, comma 3, della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in materia di igiene e sanità pubblica. Disposizioni per la gestione dei rifiuti urbani".
- ⁸⁵ In particolare, secondo il D.P.G.R. della Regione Piemonte del 15.04.2020 n. 44 l'aumento di stoccaggio per i soggetti già autorizzati ex artt. 208, 214 e 216 parte IV del Dlgs 152/02 è così articolato: *i)* aumento del 20%, senza alcun onere di fidejussione; *II)* aumento sino ad un massimo del 50%, previo versamento di un adeguamento della fidejussione e/o diritto all'iscrizione; *iii)* adeguamenti per aumenti tra il 21% e il 50%.

AMBIENTEDIRITTO	

Lombardia, ad esempio, ha consentito un aumento nel limite massimo del 20% mentre la Regione Emilia-Romagna ha disposto, con l'ordinanza 57/2020, un aumento massimo del 50% 87.

In un siffatto contesto è inevitabile il sorgere di alcune criticità sia per il cittadino, sia per l'operatore del diritto, dovute, in particolare, all'incertezza e al disorientamento normativo che una siffatta catena provvedimentale crea.

5. Alcuni profili critici: l'incertezza normativa.

In materia di gestione dei rifiuti da covid-19, in pochi mesi, sono intervenute più di venti ordinanze regionali, plurime guide predisposte dall'Istituto Superiore della Sanità, una nota contenente le indicazioni di ISPRA/SNPA ed una circolare ministeriale, oltre alle disposizioni di due decreti legge.

Una siffatta produzione normativa, se da un lato ha cercato di rispondere all'esigenza di coordinare la gestione dei rifiuti con quella di emergenza sanitaria, dall'altra ha aperto la strada ad alcuni profili problematici.

Sono sorte, in particolare, criticità di ordine quantitativo ovvero connesse alla produzione eccessiva (o, come definita da parte della dottrina, «bulimica» 88) di norme e provvedimenti di *soft law*. Operatori del settore ma non solo, anche cittadini, professionisti, agenti di controllo e organi giudicanti, si sono trovati a doversi orientare in un labirinto normativo creato per gestire dei rifiuti infetti o potenzialmente tali ovvero a doversi orientare in una disciplina introdotta *ex novo* per regolare la raccolta e lo smaltimento di rifiuti provenienti da ambienti di isolamento infettivo.

A ben vedere, tuttavia, una siffatta disciplina era già presente nel nostro ordinamento. Il D.P.R. n. 254 del 15 luglio 2003 regola la gestione dei rifiuti sanitari ed, in particolare, tra il resto, dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo⁸⁹. Categoria, quest'ultima, che ricomprende tutti i rifiuti provenienti da ambienti di isolamento infettivo nei quali sussiste un rischio di trasmissione biologica aerea⁹⁰ e che vanta un proprio specifico sistema di gestione nel capo II del citato decreto⁹¹.

⁸⁶ Cfr. punto 16 del Decreto Regione Lombardia, n. 520 del 01.04.2020, Ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell'art. 191 del d.lgs. 152/2006. disposizioni urgenti in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica a seguito dell'emergenza epidemiologica da covid-19.

⁸⁷ Cfr. Ordinanza del Presidente della Giunta regionale Emilia-Romagna n. 57 del 03.04.2020, "Ordinanza ai sensi dell'articolo 32 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 in tema di misure per la gestione dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione della sindrome da COVID-19. Disposizioni in materia di trasporto, rifiuti e sanità privata".

⁸⁸ A. MORELLI, op. cit., pag. 1.

⁸⁹ Art. 1, comma 5, lett. d), D.P.R. n. 254 del 15 luglio 2003.

⁹⁰ Art. 2, comma 1, lett. d), n. 1, D.P.R. n. 254 del 15 luglio 2003.

⁹¹ *Cfr.* Capo II, D.P.R. n. 254 del 15 luglio 2003, *Rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo* e, in particolare, art. 8, D.P.R. n. 254 del 15 luglio 2003 secondo cui i rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo devono essere raccolti in due appositi imballaggi, recanti la dicitura "rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo" e il simbolo del rischio biologico. Il secondo imballaggio deve essere tale da resistere agli urti provocati dalla movimentazione e deve essere facilmente distinguibile da altri rifiuti, attraverso apposito colore. Il deposito dei rifiuti in parola è consentito per un periodo limitato e deve avvenire in modo da non comportare rischi per la salute. Analogamente, ogni altra operazione deve aver luogo con le cautele imposte dal regime generale dei rifiuti pericolosi, ivi compreso il trasporto verso impianti di incenerimento preventivamente designati, che deve avvenire nel più breve tempo tecnicamente possibile.

AMBIENTEDIRITTO	

Nello specifico, il capo II del D.P.R. n. 254 del 15 luglio 2003 regola sia il deposito, sia la movimentazione, sia la raccolta ed il trasporto dei rifiuti sanitari pericolosi a rischio infettivo, disponendo la loro raccolta in apposti imballaggi, facilmente distinguibili e resistenti agli urti ovvero limitando il periodo di deposito, così evitando che l'eccessiva permanenza dei rifiuti infetti in luoghi non idonei sia causa di conseguenze negative per l'habitat naturale circostanze e comporti, quindi, rischi per la salute pubblica. In detta prospettiva, tali rifiuti devono essere trasportati, nel più breve tempo possibile, verso impianti di incenerimento preventivamente designati.⁹²

L'introduzione di una disciplina *ex novo* per gestire i rifiuti prodotti da soggetti potenzialmente infetti, e il conseguente disordinamento normativo da quest'ultima creato, quindi, avrebbe potuto essere evitata o, quantomeno, limitata ad alcuni aspetti e previsioni, rinviando a quanto disposto dal D.P.R. n. 254/2003 (così come, del resto, suggerito dall'Istituto Superiore della Sanità), eventualmente intervenendo al solo fine di adeguare la disciplina normativa già in vigore alla nuova malattia respiratoria.

In tal modo, si sarebbe evitato di introdurre una disciplina dei rifiuti covid-19 diversa rispetto a quella contenuta nella normativa appositamente dedicata ai rifiuti a rischio infettivo (D.P.R. 254/2003). Una disciplina che, incrementando quel bagaglio di atti normativi e provvedimentali che da mesi accompagna la vita degli italiani, ha creato disorientamento ed incertezza normativa. Un'incertezza aggravata, come si vedrà, dalla natura degli strumenti utilizzati. La scelta di agire con linee guida, circolari, note ed ordinanze regionali ha, infatti, creato ulteriori criticità.

5.1. Rifiuti covid-19: pericolosi o non pericolosi? Il dubbio permane.

Le note, le linee guida e le circolari interpretative in cui viene definita la classificazione dei rifiuti covid-19, in quanto atti privi di valore normativo non assumono carattere vincolante per i soggetti estranei all'amministrazione che li ha adottati ovvero, come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità, né per destinatari dei relativi atti applicativi⁹⁴, né per gli organi giudicanti⁹⁵. Del resto, si tratta di provvedimenti che, «non presentano una portata immediatamente lesiva, assolvendo allo

⁹² Artt. 8 ss. D.P.R. n. 254 del 15 luglio 2003.

⁹³ Un altro ambito in cui l'adozione di nuovi atti e provvedimenti avrebbe potuto essere contenuta è quello inerente il settore degli appalti pubblici. L'esigenza di garantire in tempi rapidi la fornitura di beni e servizi primari (dispositivi di protezione individuale, infrastrutture ospedaliere e piattaforme informatiche) ovvero di rendere più tempestive le procedure di acquisto di forniture, servizi e lavori, necessari per affrontare l'emergenza ha condotto il legislatore ad intervenire il D.L. n. 18 del 17 marzo 2020, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27, disponendo, all'art. 72, comma 2, lett. a), la possibilità di ricorrere, fino al 31 dicembre 2020, anche alla procedura negoziata di cui all'art. 63, comma 6, D.lgs. 50/2016 ovvero autorizzando, all'art. 75, le amministrazioni aggiudicatrici all'acquisto di beni e servizi informatici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), D.lgs. 50/2016, nonché consentendo, per il ripristino della funzionalità degli Istituti penitenziari, l'esecuzione dei lavori di somma urgenza con le procedure di cui all'art. 163, D.lgs. 50/2016. Previsioni che hanno ulteriormente aggravato il quadro normativo esistente e che, disponendo un mero rinvio a norme già esistenti, avrebbero potuto essere evitate, ricorrendo, al più, ad un provvedimento interpretativo di alcune disposizioni del Codice Appalti (D.lgs. 50/2016). Quest'ultimo, infatti, come osservato dalla Commissione Europea, già contiene disposizioni che consentono l'accelerazione delle procedure di gara ad evidenza pubblica ovvero lo svolgimento delle stesse con modalità semplificate. (Sul punto cfr. Comunicazione della Commissione Europea, Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19, 2020/C 108 I/01), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, 01.04.2020).

AMBIENTEDIRITTO	

scopo, ..., di supportare l'amministrazione e favorire comportamenti omogenei». Pertanto, «lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggiano soltanto quale strumento di "regolazione flessibile", con funzione ricognitiva di principi di carattere generale e di ausilio interpretativo alle amministrazioni cui sono rivolte» ⁹⁶.

Ne deriva una situazione di indeterminatezza normativa. Da un lato, infatti, le indicazioni generali per la gestione dei rifiuti covid-19 date dall'Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e dal Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA), qualificano i rifiuti provenienti da ambiente domestico infetto o potenzialmente tale come urbani indifferenziati con codice 200301⁹⁷. Dall'altra, la predetta classificazione non trova conferma in alcun atto legislativo. Sul punto, infatti, il legislatore è intervenuto solo con l'art. 30 *bis* D.L. 8 aprile 2020, n. 23 (Decreto Liquidità), che, tuttavia, come già ricordato, riguarda esclusivamente i rifiuti prodotti all'interno di strutture ospedaliere o simili⁹⁸.

In un siffatto contesto si oscilla tra la classificazione suggerita dagli organi competenti, anche se meramente con linee guida e circolari (che, come precisato, non sono vincolanti per il giudice in sede di interpretazione) e la classificazione che deriverebbe dalla corretta interpretazione delle normativa specifica vigente in materia di rifiuti infetti (D.P.R. 254/03). E, sul punto, la Procura generale della Corte di Cassazione ha già segnalato opinioni differenti⁹⁹.

Una dubbia interpretazione che non è priva di risvolti pratici: la classificazione dei rifiuti come speciali pericolosi ai sensi del D.P.R. 254/03 o come urbani indifferenziati non pericolosi, infatti, incide sia sulle già ricordate procedure di gestione, sia sulla gravità e sul trattamento sanzionatorio di eventuali atti illeciti. Si pensi, ad esempio, all'abbandono di rifiuti di cui all'art. 255 D.lgs. 152/2006 ovvero alla gestione di rifiuti non autorizzata, sanzionata dall'art. 256 D.lgs. 152/2006: condotte entrambe sanzionate con pene più severe nei casi in cui riguardino rifiuti pericolosi¹⁰⁰.

⁹⁴ TAR Lombardia, Milano, sez. III, 17 febbraio 2020, n. 311: «le circolari amministrative non hanno valore normativo o provvedimentale e non assumono carattere vincolante per i soggetti destinatari dei relativi atti applicativi, che non hanno l'onere di impugnarle, ma possono limitarsi a contestarne la legittimità al solo scopo di sostenere che detti atti sono illegittimi perché scaturiscono da una circolare illegittima che avrebbe dovuto essere disapplicata; ne discende, a fortiori, che una circolare amministrativa contra legem può essere disapplicata anche d'ufficio dal giudice investito dell'impugnazione dell'atto che ne fa applicazione, anche in assenza di richiesta delle parti (Consiglio di Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5664)».

⁹⁵ Cfr., tra le molte, Cass. pen., sez. III, 13 giugno 2012, n. 25170; Cass., SS.UU., , 2 novembre 2007 n. 23031 su www.AmbienteDiritto.it.

⁹⁶ TAR Lazio, Roma, sez. I, 15 luglio 2019, n. 9335. *Cfr*. anche Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6026.

⁹⁷ Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA), Prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti – emergenza covid-19, 23.03.2020 e Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA) e del Sistema nazionale per la protezione dell'Ambiente (SNPA), I rifiuti costituiti da dpi usati, 5.2020.

⁹⁸ D.L. 8 aprile 2020, n. 23, convertito con modificazioni dalla L. 5 giugno 2020, n. 40, recante «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché' interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi processuali».

⁹⁹ Audizione di GIOVANNI SALVI, procuratore generale presso la Corte di cassazione, e di Pasquale Fimiani, sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione, tenutasi avanti la Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati, mercoledì 17 giugno 2020.

¹⁰⁰ Art. 255 comma 1 D.lgs. 152/2006 «Abbandono di rifiuti 1. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 252, comma 2, chiunque, in violazione delle disposizioni di cui agli articoli 192, commi 1 e 2, 226, comma 2, e 231, commi 1 e 2, abbandona o deposita rifiuti ovvero li immette nelle acque superficiali o sotterranee è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da trecento euro a tremila euro. Se l'abbandono riguarda rifiuti pericolosi, la sanzione

AMBIENTEDIRITTO	

5.2. Le disposizioni regionali: destino incerto e allarmanti conseguenze.

Un'ulteriore criticità riguarda la legittimità delle ordinanze regionali e, conseguentemente, il destino che sarà riservato alle disposizioni in esse contenute: disposizioni derogatorie rispetto alla disciplina ordinaria, adottate con provvedimenti *ex* art. 191 D.lgs. 152/2006 e che, in molti casi, consento forme di gestione dei rifiuti che, in assenza di provvedimenti, possono integrare fatti di reato.

Ora, ai sensi dell'art. 191 D.lgs. 152/2006, qualora si verifichino 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, garantendo un elevato livello di tutela della salute e dell'ambiente. Tale ordinanze possono contenere disposizioni anche derogatorie rispetto a quelle vigenti ma nel rispetto delle disposizioni contenute nelle direttive europee. 101

In altre parole, il suddetto disposto normativo attribuisce alle Regioni la possibilità di intervenire mediante provvedimenti aventi un contenuto non predeterminato dalla legge. L'esercizio di tale facoltà, tuttavia, è condizionato a precisi presupposti e requisiti: a) necessità; b) urgenza; c) impossibilità di provvedere altrimenti; d) proporzionalità e e) temporaneità. Presupposti che, come recentemente ricordato anche dal Ministero dell'Ambiente¹⁰², sussistono solo: a) se si è dinnanzi ad una situazione di pericolo attuale, imminente e non prevedibile, in cui sia necessario tutelare interessi pubblici rilevanti; b) se l'intervento è indifferibile; c) se mancano strumenti ordinari idonei a fronteggiare tale situazione; d) se il sacrifico arrecato ad altri interessi concorrenti è minimo e e) se le deroghe imposte sono limitate nel tempo.

Nel caso di condotta illecita, autorizzata da una delle predette ordinanze, il compito di verificare la sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui all'art. 191 D.lgs. 152/2006 spetta al giudice penale chiamato a pronunciarsi sul possibile fatto di reato.

Come affermato dalla giurisprudenza, infatti, a fronte di tali ordinanze «il giudice penale deve verificare se ricorrono i presupposti che legittimano l'esercizio concreto della potestà» 103, atteso che per le attività di smaltimento e gestione dei rifiuti non autorizzate, «l'ordinanza di necessità non costituisce un titolo di legittimazione sostitutivo dell'autorizzazione regionale, bensì una causa speciale di giustificazione» 104, su cui il giudice ha il potere-dovere di sindacare, verificandone la legittimità formale e sostanziale 105.

amministrativa è aumentata fino al doppio.» Art. 256 comma 1 Dlgsl 152/2006: «1. Fuori dai casi sanzionati ai sensi dell'articolo 29-quattuordecies, comma 1, chiunque effettua una attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione di cui agli articoli 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215 e 216 è punito: a) con la pena dell'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro se si tratta di rifiuti non pericolosi; b) con la pena dell'arresto da sei mesi a due anni e con l'ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro se si tratta di rifiuti pericolosi».

¹⁰¹ Art. 191, D.lgs. 152/2006. In dottrina *cfr*. A. CARAPELLUCCI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti: la nuova declinazione di un istituto controverso*, in *AmbienteDiritto.it*, 2009, pag. 3 ss.

¹⁰² Ministero dell'Ambiente e del Territorio e del Mare, circolare 5982 del 2016, recante chiarimenti interpretativi relativi alla disciplina delle ordinanze contingibili ed urgenti di cui all'art. 191 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

¹⁰³ Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 1998, n. 12692.

¹⁰⁴ Cass. pen. sez. III, 20 gennaio 2005 n. 17414.

AMBIENTEDIRITTO	

Laddove i requisiti e i presupposti di necessità, urgenza, impossibilità di provvedere altrimenti, proporzionalità e temporaneità siano soddisfatti, l'ordinanza è legittima e le previsioni derogatorie in essa contenute giustificano le condotte eventualmente illecite ovvero poste in essere in violazione dell'ordinaria disciplina.

Come recentemente affermato dalla Cassazione penale, infatti, «in tema di rifiuti, l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti, ai sensi dell'art. 191 D.lgs n. 152 del 2006, integra una causa speciale di giustificazione per quelle attività di smaltimento ... non autorizzate, che diversamente integrerebbero un'ipotesi di reato, soltanto quando dette ordinanze, ..., siano emanate per affrontare situazioni temporanee di eccezione ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente e siano congruamente motivate» 106.

Nei casi in cui, invece, il giudice rilevi l'insussistenza dei ricordati presupposti e requisiti, il provvedimento è ritenuto illegittimo; viene, quindi, disapplicato e perde la sua idoneità ad operare come causa di giustificazione della condotta illecita ovvero ad escludere la tipicità del fatto realizzato dal soggetto agente. ¹⁰⁷ Ne consegue, in presenza degli altri elementi descritti dalla fattispecie incriminatrice, l'integrazione dei reati eventualmente realizzati.

In detta prospettiva, il destino incerto delle ordinanze regionali che consentono modalità di gestione dei rifiuti, che in assenza integrerebbero un'ipotesi di reato, apre ad uno scenario di possibili preoccupanti conseguenze. Un situazione che, inevitabilmente, aggrava la situazione di incertezza caratterizzante la disciplina dei rifiuti covid-19.

5.2.1. La "frammentazione" apre la strada alla criminalità.

In ultimo, la scelta di intervenire sul tema rifiuti covid-19 con ordinanze *ex* art. 191 D.lgs. 152/2006 preoccupa anche in relazione alle possibili conseguenze di una disciplina "frammentata".

Le ordinanze regionali, infatti, prevedendo ognuna disposizioni peculiari differenti da quelle introdotte delle altre Regioni, hanno "frammentato" il territorio nazionale, ponendo le basi per quello che è stato recentemente soprannominato dalla Procura Generale presso la Corte di Cassazione un *«forum shopping»* ovvero, inteso in senso atecnico, una ricerca da parte della criminalità organizzata dei luoghi in cui sono presenti impianti di trattamento rifiuti più o meno appetibili. Appetibilità che, come ovvio, dipende, oltre che dai controlli effettuati, anche dalle deroghe più o meno ampie concesse con la normativa emergenziale.

¹⁰⁵ Cass. Pen., sez. III, 11 febbraio 2016, n. 15410 in Giurisprudenza *AmbienteDiritto.it*, 2016 https://www.ambientediritto.it/giurisprudenza/corte-di-cassazione-penale-sez-3-13-04-2016-sentenza-n-15410.

¹⁰⁷ Cass. Pen., sez. III, 11 febbraio 2016, n. 15410 in Giurisprudenza *AmbienteDiritto.it*, cit.

¹⁰⁸ Audizione di GIOVANNI SALVI, cit.

AMBIENTEDIRITTO	

6. Considerazioni conclusive.

Negli ultimi mesi, l'esigenza di tutelare la salute pubblica ha imposto provvedimenti limitativi della libertà personale. Ben presto, tuttavia, ci si è resi conto che questi non erano sufficienti. Il rischio connesso alla sopravvivenza del *virus*, causa della malattia respiratoria acuta denominata COVID-19, nei rifiuti urbani, infatti, ha reso necessario intervenire anche in merito alla raccolta e allo smaltimento dei predetti.

In detta prospettiva, le autorità competenti sono intervenute con plurime note, linee guida, ordinanze regionali e circolari ministeriali, nonché, su determinati aspetti, con disposizioni legislative.

È stato così dipinto un quadro normativo e provvedimentale vario ed articolato che, sommandosi alle già complicate disposizioni in materia, ha disorientato cittadini, professionisti ed operatori del diritto. Un disorientamento che, tra il resto, avrebbe potuto essere contenuto, rinviando, con le dovute precisazioni, alla normativa esistente in materia di rifiuti infetti e già in vigore prima dell'odierna pandemia.

Non solo, gli interventi normativi e provvedimentali in materia pongono alcune criticità anche in merito alla natura degli atti utilizzati, soprattutto in relazione alla loro valenza e legittimità. Sulla qualificazione dei rifiuti covid-19, ad esempio, permane il dubbio se si tratti di rifiuti pericolosi, così come previsto dal DPR 254/2003, o non pericolosi, così come previsto da alcune recenti note e linee guida. Analogamente, esiste incertezza sul futuro delle ordinanze regionali e le relative conseguenze, laddove dovessero essere sottoposte all'attenzione degli organi giudicanti. Profili che, al di là di mere riflessioni teoriche, presentano risvolti pratici di notevole importanza.

In conclusione, la disciplina dei rifiuti covid-19 pare oggi caratterizza da un'emblematica incertezza normativa che, con il passare del tempo, rischia di tramutarsi in altre criticità, forse ancora più rilevanti e preoccupanti, quali, ad esempio, l'incertezza sulle condotte penalmente rilevanti e l'infiltrazione della criminalità.

AMBIENTEDIRITTO)

COVID 19: MEGLIO UN'AULA VUOTA O UN'AULA CHE NON VOTA?

L'AMMISSIBILITÀ DEL VOTO PARLAMENTARE "A DISTANZA" ALLA LUCE DELL'ART. 64, CO. 3 COST.

Francesco Alberto Santulli*

Abstract (it) – Tra le molteplici sfide che l'attuale emergenza sanitaria pone al Paese vi è anche la possibilità di sviluppare nuovi modi di esercizio della democrazia rappresentativa, in particolare attraverso il voto parlamentare "a distanza". Dopo avere passato in rassegna le principali critiche a questa modalità, il presente contributo tenta di offrire alcune riflessioni volte ad ammettere il voto da remoto, tanto alla luce della previsione costituzionale di cui al terzo comma dell'art. 64 quanto dell'interpretazione del medesimo articolo offerta dalla Corte costituzionale. Una possibilità che, pertanto, ricadrebbe nell'alveo dell'autonomia regolamentare delle Camere, pur con la previsione di garanzie necessarie per preservare la rappresentanza politica e, più in generale, la piena legittimazione del Parlamento.

Abstract (en) – The current health emergency poses multiple challenges to our legal system. Among them, there is the possibility of developing new ways of exercising representative democracy, in particular through remote parliamentary voting. After reviewing the main criticisms of this possibility, this contribution aims to offer some ideas in the direction of admitting remote voting, in compliance with the constitutional provision referred to in the third paragraph of art. 64 Cost. and the interpretation of the same article offered by the Constitutional Court. Finally, some limits are outlined to preserve political representation and, more generally, the full legitimacy of Parliament.

SOMMARIO: **1.** Premessa. - **2.** Profili di criticità. - **3.** L'autonomia regolamentare delle Camere nella giurisprudenza costituzionale. - **4.** Conclusioni. Una sfida per la democrazia rappresentativa.

^{*}Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche all'Università di Bologna. Abilitato all'esercizio della professione forense.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Premessa.

L'emergenza sanitaria dovuta al COVID-19 (coronavirus) ha imposto agli attori politici del Paese scelte delicate in ordine alla gestione della situazione eccezionale. Tali scelte si sono riverberate sia sulle libertà fondamentali dei cittadini (riunione, circolazione e diritti collegati) ¹sia sui rapporti tra poteri dello Stato (Governo e Parlamento, anzitutto)². E non sono mancate frizioni, peraltro, nel dialogo tra centro e periferia, in particolar modo tra Governo centrale e autonomie territoriali³. La gestione dell'emergenza ha comportato il necessario interrogarsi da parte di chi esercita il potere dei confini del potere stesso e delle modalità legittime del suo esercizio, pur in una contingenza straordinaria e imprevedibile come quella che coinvolge l'intera collettività. In sostanza, se è vero che nei momenti più difficili della vita comunitaria un ordinamento costituzionale può dare prova della sua tenuta, senza scivolare verso zone di antidemocraticità, è anche vero che sono proprio i nuovi problemi che si abbattono su un ordinamento a mostrare come esso sia – nel suo continuo divenire – sempre perfettibile.

Ai nostri fini interessa tracciare i profili di costituzionalità dell'esercizio di attività parlamentare "a distanza", ipotesi che tanto ha diviso la dottrina costituzionalistica. Come è agevole intuire, propendere a favore o meno della sua ammissibilità non è questione da poco, atteso che la partecipazione ai lavori parlamentari da remoto permetterebbe di mantenere l'operatività dell'organo parlamentare e la continuità del suo corretto funzionamento nel rispetto delle restrizioni sugli assembramenti di persone per motivi sanitari. Va da sé che l'analisi che segue è legata alle contingenze in cui la questione si è finora sviluppata, ben potendo le decisioni politiche approdare verso lidi che al momento non è dato scorgere; ma ciò rileva fino a un certo punto, dal momento che si tenterà di addivenire a considerazioni che abbiano un respiro più generale. Si precisa fin da ora che, come linea direttrice di metodo, si esporranno dapprima alcune delle maggiori criticità avanzate a sostegno della inammissibilità di un voto parlamentare "a distanza", per individuare in seguito le diverse ragioni – di forma e di sostanza – che fanno propendere per la soluzione opposta.

In ogni caso, il pomo della discordia è rappresentato dall'art. 64, co. 3 Cost., in base al quale «Le deliberazioni di ciascuna Camera e del Parlamento in seduta comune non sono valide se non è presente la maggioranza dei componenti, e se non sono adottate a maggioranza dei presenti, salvo che la Costituzione prescriva una maggioranza speciale». A dividere i commentatori è proprio il significato da attribuire al concetto di presenza dei parlamentari. E cioè: deve intendersi in senso di presenza reale – più congeniale al costituente, non fosse che per le modeste tecnologie dell'epoca – oppure può giustificare la partecipazione ai lavori delle Camere anche attraverso i più moderni strumenti telematici?

¹ Con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, G.U. Serie Generale del 1 febbraio 2020, ai sensi dell'art. 7, co. 1, lett. c) del d. lgs. n. 1 del 2018 (Codice della Protezione civile) è stato proclamato lo stato di emergenza (si rimanda al link https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/02/01/20A00737/sg). Per l'elenco delle misure adottate dal Governo si veda http://www.governo.it/it/coronavirus-misure-del-governo.

² Ex multis, si vedano le considerazioni svolte da F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza:* tre riforme ormai ineludibili, in Osservatorio costituzionale, n. 3/2020, p. 10 s. e l'ampia bibliografia ivi richiamata (https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2020_3_04_Clementi.pdf).

³ Si rimanda a V. BALDINI, *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, disponibile al link http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2020/04/Baldini-Riflessioni-sparse-sul-caso-o-sul-caos.... normativo-al-tempo-dell'emergenza-costituzionale.pdf.

AMBIENTEDIRITTO

2. Profili di criticità.

Per sgombrare il campo da qualsiasi – ulteriore – ambiguità terminologica, si ricordi che le "deliberazioni" di cui tratta l'art. 64, co. 3 Cost. (per le quali è previsto un numero legale) devono intendersi non già nel senso di "discussioni", bensì di "decisioni" parlamentari. Vale a dire che il numero legale prescritto dal costituente (la metà più uno dei componenti dell'Assemblea) è richiesto solo quando si tratti di assumere una decisione, e non già per il semplice fatto di riunirsi⁴. La Costituzione non richiede un numero minimo di componenti perché si possa dare inizio alla seduta, ma solo perché si possa votare⁵. È il comma terzo dell'art. 64 Cost. offre al riguardo una lucida distinzione tra *quorum* strutturale e *quorum* funzionale⁶.

Tanto premesso, la disposizione costituzionale appena richiamata deve essere letta unitamente agli artt. 55, co. 2, 61, 62, 63, co. 2, 64, commi 2 e 4 Cost., che si abbandonano in un profluvio di termini che rimandano ai concetti di "seduta" e "riunione".

Secondo alcuni autori, dall'interpretazione letterale delle norme in parola non potrebbe che affermarsi l'univoco significato di presenza *reale* di deputati e senatori⁷, e questa lettura sarebbe confortata anche dalle previsioni regolamentari. Se volgiamo lo sguardo alle norme relative alla sola Camera (stante disposizioni di analogo tenore al Senato⁸), noteremmo infatti, tra i tanti appigli, l'art. 31 r.C. sui posti riservati *in aula* ai rappresentanti del Governo, gli artt. 49 e 53 r.C. sulle modalità di espressione del voto *in aula*, l'art. 60 r.C. in tema di potere di *esclusione dall'aula* riconosciuto al Presidente nei confronti di un deputato. Desta poi particolare interesse l'art. 46, co. 2 r.C., in base al quale «I deputati che sono impegnati per incarico avuto dalla Camera, fuori della sua sede, o, se membri del Governo, per ragioni del loro ufficio sono computati come presenti per fissare il

⁴ N. LUPO, Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari. E perché ammettere tale voto richiede una "re-ingegnerizzazione" dei procedimenti parlamentari, in Osservatorio costituzionale, n. 3/2020, p. 3.

⁵ L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*3, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 184; A. MANNINO-S. CURRERI, *Diritto parlamentare*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 186 s. La previsione costituzionale si discosta in modo netto da quella statutaria di età prerepubblicana, che all'art. 53 dello Statuto albertino disponeva: «*Le sedute e le deliberazioni delle Camere non sono legali né valide, se la maggioranza assoluta dei loro membri non è presente*»; disposizione statutaria che fu però temperata dalla prassi parlamentare (si vedano M. MANCINI-U. GALEOTTI, *Norme e usi del Parlamento italiano*, Camera dei deputati, Roma, 1887, p. 125 s. e P. NUVOLI, *Il numero legale degli organi parlamentari: norme e prassi*, in *Il Parlamento della Repubblica. Organi procedure apparati*, n. 11, Camera dei deputati, Roma, 2001, II, p. 621 s.

⁶ Peraltro la regola di cui all'art. 64, co. 3 Cost. non si applicherebbe alle commissioni parlamentari: gli artt. 46, co. 1 r.C. e 30, co. 1 e 3 r.S. prevedono infatti quorum strutturali assai inferiori (1/4 dei componenti alla Camera; 1/3 al Senato). Inoltre, la necessità di soddisfare il numero legale perché si possa dare inizio alle sedute è prescritto per le sole commissioni del Senato laddove debbano procedere in sede deliberante e redigente, oltre che nei casi in cui siano convocate per assumere deliberazioni su affari per i quali non debbano riferire all'Assemblea.

⁷ Tra i tanti si segnalano P. PISICCHIO, *Il Dubbio*, 18 marzo 2020; G. GUZZETTA, *Il Dubbio*, 20 marzo 2020; A. PERTICI, *Left*, 27 marzo 2020; M. VILLONE, *Il Manifesto*, 31 marzo 2020; più articolata la posizione espressa da R. DICKMANN, *Alcune questioni di costituzionalità in tema di voto parlamentare a distanza*, in *Federalismi.it*, 1 aprile 2020 (disponibile al link https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm? artid=41625&dpath=document&dfile=02042020162122.pdf&content=Alcune%2Bquestioni%2Bdi

^{% 2} B cost ituzionalità % 2 B in % 2 B tema % 2 B di % 2 B voto % 2 B parlamentare % 2 B a % 2 B di stanza % 2 B % 2 D % 2 B stato % 2 B % 2 D % 2 B paper % 2 B % 2 D % 2 B)

⁸ Si vedano, nell'ordine, gli artt. 58, 113, 114, 67, 108, co. 2 r.S.

AMBIENTEDIRITTO

numero legale»: dalla lettura piana della disposizione si evidenzierebbe che la presenza dei deputati è richiesta proprio all'interno delle mura di Montecitorio, di talché il loro computo ai fini del numero legale – anche se assenti – sarebbe ipotesi eccezionale e applicabile a casi determinati.

E ancora, ad avallare quanto finora affermato sull'art. 64, co. 3 Cost. si potrebbe tentare la strada che porta a ricostruire la volontà del costituente alla luce del brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Tant'è che dove la Costituzione ha voluto lasciare uno spiraglio aperto alla applicazione delle nuove tecnologie, l'ha fatto espressamente e senza remora: così l'art. 15 Cost. quando garantisce l'inviolabilità della libertà e della segretezza della corrispondenza e *«di ogni altra forma di comunicazione»*⁹.

Ulteriori profili critici possono emergere se si parte dal presupposto che la rappresentanza politica presupponga in sé la presenza fisica, nel senso che un corretto dispiegamento delle attività che il rappresentante è chiamato a compiere – e che sono funzionali al ruolo che svolge ex art. 67 Cost. – possa aversi assicurando al parlamentare non solo la partecipazione a dibattiti e votazioni, cui lo strumento telematico può senz'altro sopperire, ma anche lo svolgimento di colloqui, intese e discorsi privati con gli altri colleghi e al di fuori delle sedi formali di aula e commissione¹⁰. Si aggiunga, inoltre, la nota interdipendenza tra le attività parlamentari: esse non si risolvono solo nel voto, ma a influenzare la funzione legislativa sono anche altre funzioni, come quella di indirizzo o di controllo¹¹.

Tutte attività che, in definitiva, richiederebbero la presenza fisica dei soggetti che le pongono in essere. E pure ammettendo che non sia così, si dovrebbe comunque fare i conti con una formazione della volontà del parlamentare che vota "a distanza" in ogni caso diversa dal procedimento formativo che ha investito la volontà del parlamentare presente. Inoltre, pure a voler riconoscere la possibilità "da remoto" come aggiuntiva (in casi cioè di particolare impedimento del deputato e del senatore) e non sostitutiva del voto in presenza, resterebbe vivo il rischio che aprire una breccia nel sistema – pur salvaguardandola di cautele – non escluda che vi sia in seguito una sua progressiva dilatazione, e conseguente lesione della fisiologica rappresentanza parlamentare ¹². Ciò in quanto l'attività parlamentare e il divieto di mandato imperativo ai sensi dell'art. 67

⁹ L'esempio è stato offerto da Massimo Luciani nel corso della diretta Facebook organizzata in data 3 aprile 2020 dal presidente della Commissione affari costituzionali della Camera, on. Brescia, disponibile al link https://www.radioradicale.it/scheda/602453/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza. A ben vedere, possono svolgersi considerazioni analoghe in ordine all'art. 68, co. 3 Cost., così come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 1993, laddove richiede l'autorizzazione della Camera di appartenenza per sottoporre i membri del Parlamento a intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni. L'inciso «*in qualsiasi forma*» fonderebbe infatti l'inclusione nell'alveo costituzionale dei c.d. tabulati del traffico telefonico, per i quali la legge n. 140 del 2003 prescrive l'obbligo di richiesta dell'autorizzazione (si rimanda all'interpretazione al riguardo offerta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 188 del 2010).

¹⁰ Posizione assunta, per esempio, da Roberta Calvano nel corso della diretta Facebook del 3 aprile 2020 appena richiamata. Pur sostenendo la tesi dell'ammissibilità del voto parlamentare "a distanza", è suggestiva l'immagine offerta da N. LUPO, *Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari*, cit., p. 8-9, che ricorda come una parte importante della attività parlamentare si svolga, tra «chiacchiere, caffè presi insieme, passeggiate, e così via» proprio nei «tanti corridoi dei passi perduti, variamente denominati».

¹¹ Cfr. L. GIANNITI-N. LUPO, Corso di diritto parlamentare3, cit., p. 180-181.

¹² Conseguenze che – anticipiamo fin da ora – non possono dirsi assolutamente inevitabili, giacché ammettere il voto a distanza in situazioni circoscritte e specifiche non porta *ex necesse* a una progressiva sua estensione a situazioni diverse, o quantomeno ciò dipenderebbe dalla volontà politica degli attori parlamentari e, in definitiva, si ricadrebbe nell'ombrello dell'autonomia ai sensi dell'art. 64 Cost. Ma su queste considerazioni si rimanda al prosieguo della trattazione.

AMBIENTEDIRITTO	

Cost. sono legati inscindibilmente, giacché proprio in quanto libera da mandato l'attività parlamentare contribuisce a creare l'unità politica, che non è un dato in sé ma – appunto – il risultato di un processo di integrazione¹³. Deve leggersi in tal senso la previsione costituzionale per cui «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione»¹⁴. E come potrebbe concorrere a tale processo di integrazione il parlamentare che è partecipa a distanza?

Da ultimo, destituiti di fondamento sarebbero pure gli esempi che provengono dall'esperienza ordinamentale comunitaria, dall'analisi comparatistica e, ancora, dagli organi di taluni enti territoriali. Esempi che si vorrebbe – in via analogica – confezionare addosso al Parlamento. E quindi, anzitutto, l'evenienza che il Parlamento europeo, in data 26 marzo 2020, avrebbe fatto ricorso al voto a distanza per l'approvazione in seduta plenaria straordinaria delle misure economiche disposte dalla Commissione europea a sostegno dei Paesi colpiti dalla pandemia¹⁵; un paragone che però è stato ritenuto improprio, atteso che detto parlamento non si inserisce in una forma di governo propriamente parlamentare e non ha un rapporto fiduciario pieno con l'esecutivo, e inoltre presenta una problematica di spostamento transfrontaliero dei parlamentari cui l'esperienza nazionale resta estranea¹⁶.

Quanto ai paralleli di carattere comparatistico, è vero che l'art. 95 del regolamento del parlamento catalano permette ai deputati, che per motivo di maternità o paternità o grave infermità o impedimento non possano assistere e votare, di delegare il voto ad altro collega oppure di esercitare il voto telematico¹⁷, ma in tal caso vi è appunto un aggancio normativo, per noi invece assente.

Înfine, taluni hanno fatto leva sull'art. 73 del decreto legge n. 18 del 2020 (c.d. Cura Italia), che permette ai consigli comunali, provinciali e delle città metropolitane e alle giunte comunali, che non abbiano regolamentato modalità di svolgimento delle sedute in videoconferenza, di riunirsi secondo tali modalità, nel rispetto dei principi di trasparenza e tracciabilità¹⁸; ma è noto – si afferma per converso – che la Corte costituzionale con la sentenza n. 106 del 2002 ha chiarito come l'intrinseca differenza tra Consigli regionali e Parlamento si poggi non solo sul dato lessicale, ma anche su quello deontico, posto che solo il Parlamento può dirsi sede di rappresentanza di interessi davvero nazionali (motivo per cui le considerazioni su organi territoriali minori risulterebbero assorbite). A questo punto, così riassunte alcune delle principali criticità che osterebbero all'ammissione di un voto parlamentare "a distanza", sarà il caso di tentare di giungere a conclusioni diverse.

¹³ Di questo avviso, L. GIANNITI-N. LUPO, Corso di diritto parlamentare3, cit., p. 22.

¹⁴ Si veda N. ZANON, Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione, Giuffrè, Milano 1991

¹⁵ Si segnala l'intervento del presidente del Parlamento europeo David Sassoli nel corso della diretta Facebook organizzata in data 27 marzo 2020 dal presidente della Commissione affari costituzionali della Camera, on. Brescia, disponibile al link https://www.radioradicale.it/scheda/601864/parlamento-aperto-a-distanza-o-in-presenza.

¹⁶ Di questo avviso, Massimo Luciani al convegno *online* citato *supra*, alla nota 9.

¹⁷ Consultabile al link https://www.parlament.cat/document/cataleg/165484.pdf.

¹⁸ Si rimanda al link https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg.

AMBIENTEDIRITTO	

3. L'autonomia regolamentare delle Camere nella giurisprudenza costituzionale.

Occorre prendere le mosse dal principio fondamentale di continuità dello Stato, da realizzarsi attraverso la continuità in particolare dei suoi organi costituzionali, come ricordato nella sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale. «Le Camere» – si legge nella pronuncia – «sono organi costituzionalmente necessari e indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare» ¹⁹. Ciò in contrapposizione alla discontinuità impressa alle Camere statutarie²⁰, atteso che alla continuità provvedevano il Sovrano e il suo Governo²¹.

Tanto premesso, la continuità dell'organo parlamentare come elemento indefettibile della vita democratica del Paese ha posto le basi per il momento, a fronte del rispetto delle prescrizioni sanitarie per il contenimento del contagio, di un *gentlemen's agreement* tra le forze politiche in seno alla Camera dei deputati, mutuato dal c.d. *pairing* della Camera dei Comuni del Regno Unito. È doveroso precisare che formalmente le Camere non hanno mai cessato i loro lavori²², seppure si potrebbe ritenere che in un primo momento il Parlamento sia rimasto in sordina nella gestione della crisi²³. In ogni caso, dicevamo, per far funzionare l'organo e garantire al contempo l'incolumità dei suoi membri, oltre a limitare i propri lavori ad atti indifferibili e urgenti e in ogni caso legati all'emergenza sanitaria (tra cui spiccano il *question time*, interpellanze urgenti e audizioni), la Conferenza dei capigruppo ha convenuto in via eccezionale di ridurre il numero dei deputati partecipanti ai lavori dell'aula in misura proporzionale alla consistenza dei rispettivi gruppi di appartenenza²⁴.

Lasciando da parte le critiche mosse a questa decisione che riguardano la tutela dei gruppi di minoranza, i quali potrebbero risentire maggiormente della minore rappresentanza, nonché la possibile verticalizzazione del dibattito parlamentare a favore dei soli Presidenti di gruppo, è evidente come tale scelta contenga in se stessa i propri limiti. Infatti, appare tutta rimessa alla concordia tra maggioranza e opposizione, che si spera mantenuta in una situazione di emergenza che richiede, appunto, coesione.

¹⁹ Tale orientamento era stato già espresso dalla Corte costituzionale nella precedente sentenza n. 13 del 2012, in ordine alla inammissibilità di abrogazione mediante referendum ex art. 75 Cost. delle leggi elettorali. Dal momento che siffatta abrogazione non ha potere di ripristino o di ri-espansione della legislazione elettorale previgente – affermava la Corte – essa avrebbe determinato un vuoto normativo intollerabile nella materia elettorale. Ne seguiva allora pronuncia di inammissibilità della questione. Questa ipotesi è differente della pronuncia di illegittimità costituzionale della legge elettorale, pronuncia che è «complessivamente idonea a garantire il rinnovo, in ogni momento, dell'organo costituzionale elettivo» in quanto le leggi elettorali sono «indispensabili per assicurare il funzionamento e la continuità degli organi costituzionali» (così, Corte cost. n. 13 del 2012; ma si vedano anche le sentenze n. 15 e n. 16 del 2008, n. 13 del 1999, n. 26 del 1997, n. 5 del 1995, n. 32 del 1993, n. 47 del 1991, n. 29 del 1987). Perciò, pure se diversi, in entrambi i casi (referendum abrogativo e pronuncia di legittimità costituzionale della legge elettorale) viene in rilevanza il principio di continuità dell'organo parlamentare.

²⁰ Si vedano F. BASSANINI, Gli effetti della fine della legislatura sui procedimenti legislativi pendenti, Giuffrè, Milano, 1968 e L. BIANCHI D'ESPINOSA, Il Parlamento, in Commentario sistematico alla Costituzione italiana diretto da Piero Calamandrei e Alessandro Levi, Barbèra, Firenze, 1950, p. 25 s.

²¹ Si veda L. ELIA, La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali, vol. I, Giuffrè, Milano.

²² Si vedano le considerazioni svolte da M. ZAMPINI, *E infine, si riuniscono le Camere. Trattiamole bene*, in *Libertàeguale*, 26 marzo 2020, disponibile al link http://www.libertaeguale.it/e-infine-si-riuniscono-le-camere-trattiamole-bene/.

²³ Si rimanda a F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, cit., p. 10 s.

²⁴ Si rimanda a S. CURRERI, *L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus*, in *lacostituzione.info*, 11 marzo 2020, disponibile al link http://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/11/lattivita-parlamentare-ai-tempi-del-covid-19-fiat-iustitia-et-pereat-mundus/.

AMBIENTEDIRITTO

Ma cosa accadrebbe, invece, se il rapporto tra le forze politiche si incrinasse oppure se il singolo parlamentare non volesse adeguarsi alla disciplina del proprio gruppo e partecipare comunque ai lavori, per esercitare le attribuzioni che gli sono costituzionalmente garantite? Non vi sarebbe ragione di escludere un conflitto di attribuzione.

Allora, se si ammette che la stella polare – nell'interesse di tutti – è il corretto funzionamento del Parlamento, da un lato, e la garanzia del pieno esercizio del mandato parlamentare in condizioni di sicurezza e libertà, dall'altro, è il caso di interrogarsi se davvero l'art. 64, co. 3 Cost. osti all'introduzione del voto "a distanza" nel nostro ordinamento.

Perché se è vero che, in una emergenza sanitaria dovuta a una pandemia, il diritto di deputati e senatori di accedere al Parlamento deve esercitarsi nel rispetto di una condotta idonea a garantire il diritto alla salute quale fondamentale interesse della collettività ai sensi dell'art. 32 Cost., è anche vero che il costituente non poteva prevedere le evoluzioni tecnologiche che avrebbero interessato la partecipazione degli eletti ai lavori parlamentari.

Il cuore della questione è rappresentato, a ben vedere, dall'autonomia di cui le Camere godono nella determinazione delle modalità di votazione; autonomia che non solo rimette alla discrezionalità del Parlamento l'attuazione della prescrizione costituzionale di cui all'art. 64, ma invero esclude qualsiasi censura da parte della autorità giudiziaria oppure della stessa Corte costituzionale, come quest'ultima ha chiarito nella sentenza n. 379 del 1996. Nell'alveo dell'autonomia regolamentare di cui agli artt. 64, 68 e 72 Cost. rientrano infatti quei «comportamenti aventi una natura squisitamente funzionale» che il parlamentare compie in quanto tale. Tra essi un posto di rilievo è ricoperto dall'esercizio del diritto di voto che, incidendo su «beni la cui esigenza di tutela non trascende l'esclusiva competenza della Camera», resta nel recinto regolamentare delle Camere stesse. Inoltre, a favore della predetta autonomia si pongono alcune disposizioni regolamentari: il già richiamato art. 46, co. 2 r.C. (che permette, tra l'altro, di considerare presenti i deputati in missione) o la prescrizione per cui si considerano presenti i richiedenti la verifica del numero legale e, alla Camera, anche i richiedenti la votazione (art. 46, co. 6 r.C. e art. 108, co. 3 r.S.).

Si pensi, ancora, alla decisione di non assegnare i c.d. "seggi fantasma" nella XIV legislatura²⁵ o alla presunzione del numero legale, tutte ipotesi, in definitiva, che valgono a confermare gli «ampi margini a disposizione dei regolamenti parlamentari nell'attuare la prescrizione costituzionale»²⁶.

Ebbene, nello stesso solco si poneva già la Corte costituzionale nella sentenza n. 78 del 1984, in materia di computo delle astensioni alla Camera e al Senato; disomogeneità, come è noto, definitivamente risolta con la riforma del regolamento di quest'ultimo del 2017 (art. 107, co. 1 e 2-bis r.S.). Ai nostri fini interessa il principio generale espresso in quella circostanza dalla Corte. Nella sua pronuncia, infatti, essa ritenne costituzionalmente conformi sia la prescrizione del regolamento della Camera, in base alla quale le astensioni non rilevano per il calcolo del quorum funzionale, sia la precedente previsione del regolamento del Senato, secondo cui gli astenuti figuravano tra i presenti (da cui l'adagio «al Senato l'astensione equivale a voto contrario»). Quindi,

²⁵ Cfr. L. GIANNITI-N. LUPO, Corso di diritto parlamentare3, cit., p. 66 e 117; R. MORETTI, Numero legale e modi di votazione, in T. MARTINES - G. SILVESTRI - C. DE CARO - V. LIPPOLIS - R. MORETTI, Diritto parlamentare3, Giuffrè, Milano, 2011, p. 214.

²⁶ N. LUPO, Perché non è l'art. 64 Cost. a impedire il voto "a distanza" dei parlamentari, cit., p. 7.

AMBIENTEDIRITTO	

secondo la Corte, la Costituzione «lascia un margine piuttosto ampio all'interpretazione e attuazione del pensiero del costituente in materia» e, proprio in riferimento alla locuzione *maggioranza dei presenti* di cui all'art. 64, co. 3 Cost., afferma che «l'interpretazione e attuazione in parola sono di esclusiva spettanza di ciascuna Camera».

Per le ragioni esposte, la giurisprudenza costituzionale è chiara nell'affermare che la disciplina delle modalità di votazione, da un lato, e della verifica del numero legale, dall'altro, rientrano nella autonomia di ciascuna Camera. Nulla osterebbe allora alle Camere di interpretare il concetto di "presenza" nel modo che ritengono più opportuno, laddove non solo appare sbagliato pietrificare il disposto costituzionale in un'unica e claustrofobica applicazione, ma soprattutto occorre garantire la continuità del funzionamento delle Camere, tanto più necessaria in una situazione di emergenza. Peraltro, che deputati e senatori seguitino a svolgere appieno le funzioni loro attribuite dall'art. 54 Cost. appare non solo doveroso ma anche conforme a quanto recentemente statuito – ancora una volta – dalla Corte costituzionale nella ordinanza n. 60 del 2020. In particolare, la Corte ha chiarito che le procedure parlamentari devono assicurare un ragionevole equilibrio tra le varie esigenze in gioco. E per il procedimento legislativo occorre operare un necessario bilanciamento tra le ragioni di valorizzazione del contraddittorio, da un lato, e l'efficienza e la tempestività delle decisioni, dall'altro. Tale pronuncia bene si attaglia alle considerazioni svolte, fermo restando che, nel processo di bilanciamento da effettuarsi in questo caso, si inserirebbe anche il rispetto del diritto alla salute.

4. Conclusioni. Una sfida per la democrazia rappresentativa.

Non è il caso di illudersi, l'ammissione di un voto parlamentare "a distanza" solleva molteplici sfide per il nostro ordinamento costituzionale.

Anzitutto, quella che è stata definita una necessaria "re-ingegnerizzazione" delle procedure²⁷, giacché l'elemento tecnologico non è solo questione di pura forma, ma incide sul tasso di pubblicità e partecipazione ai lavori, richiedendo una profonda ristrutturazione delle modalità di organizzazione dei procedimenti parlamentari. Ciò in quanto, tradizionalmente, il Parlamento si fonda sull'assunto di riunire nel medesimo luogo i rappresentanti della Nazione: è proprio questa l'idea forte della compresenza, e cioè dell'attività di co-decidere attraverso confronti diretti tra presenti. A ritenere diversamente – credendo cioè che l'evoluzione tecnologica, anche se non accompagnata da somma prudenza, non possa alterare nella sostanza l'essenza del Parlamento – si rischia di trasformare la rappresentanza dell'organo parlamentare in una sterile rappresentazione di fronti contrapposti e tradire così il monito che, con parole suggestive, Carlo Mezzanotte ricordava nella citata sentenza n. 379 del 2006: "altro è la legalità delle autonome scelte del Parlamento, altro la legittimazione del suo operato".

Ancora, l'introduzione del voto "a distanza" richiederebbe *ex necesse* una modifica regolamentare, anche se – si è notato²⁸ – l'urgenza del momento potrebbe permettere una decisione in tal senso del Presidente della Assemblea previo parere unanime della

²⁷ *Ibidem*, p. 8 s.

²⁸ Cfr. S. CURRERI, L'attività parlamentare ai tempi del Covid-19: fiat iustitia et pereat mundus, in lacostituzione.info, 11 marzo 2020.

AMBIENTEDIRITTO	

Giunta per il Regolamento, attraverso il ricorso alla consuetudine *nemine contradicente*. Inoltre, per non trasformare il Parlamento in un "votificio"²⁹, un voto siffatto sarebbe da escludersi in taluni casi densi di solennità in cui la compresenza dei parlamentari è necessaria per un fisiologico esercizio della rappresentanza politica: si pensi all'elezione del Presidente della Repubblica, che si svolge peraltro a voto segreto; al voto di fiducia al Governo ai sensi dell'art. 94 Cost.; alle ipotesi di Parlamento in seduta comune; ai casi di riserva di assemblea di cui all'art. 72, co. 4 Cost.; e comunque, sarebbe auspicabile che il voto "a distanza" non sia sostitutivo di quello in presenza, ma vi si aggiunga come possibilità, garantendo in ogni caso la sicurezza dello strumento telematico e la non coartazione del parlamentare.

In definitiva, difendere a ogni costo la necessaria presenza fisica di deputati e senatori in nome della dignità del Parlamento è una impostazione teorica che deve fare i conti con la realtà, vale a dire con uno svolgimento dei lavori parlamentari che rischia di essere tutt'altro che dignitoso, con un dibattito marginalizzato, un "contingentamento" dei parlamentari che nega *in nuce* il ruolo del Parlamento come sede del pluralismo, e con la discriminazione che consegue tra chi può partecipare ai lavori e chi invece non può³⁰. Ammettere un voto espresso a distanza significa più in generale permettere l'esercizio della rappresentanza – che è un valore – a tutti i parlamentari, e attraverso di essi a tutti i cittadini, nel rispetto di uno dei molteplici modi in cui la sovranità può esercitarsi ai sensi dell'art. 1, co. 2 Cost. E appare come possibile soluzione per mantenere il Parlamento davvero *aperto*, cioè vivo nelle sue funzioni, e scongiurare che si realizzi quanto scriveva Cavour: "di sentirsi tanto deboli, in quanto comunità, proprio perché le Camere sono chiuse".

²⁹ Si rimanda alle considerazioni svolte da Lara Trucco nel corso del convegno online citato supra, alla nota 9.

³⁰ Molto suggestiva la posizione espressa da Salvatore Curreri nel corso del convegno di cui *supra* alla nota 9, ove espone il rischio di una lesione inaccettabile del principio di uguaglianza qualora non fosse possibile permettere a un parlamentare eletto – che rappresenta la Nazione ai sensi dell'art. 67 Cost. – di esercitare le funzioni al pari dei suoi colleghi. Si veda anche S. CURRERI, *Voto a distanza in Parlamento: i precedenti non lo impediscono affatto*, in *lacostituzione.info*, 16 marzo 2020, disponibile al link https://www.lacostituzione.info/index.php/2020/03/16/voto-a-distanza-in-parlamento-i-precedenti-non-lo-impediscono-affatto/.

AMBIENTEDIRITTO

LE RESPONSABILITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI NELLA GESTIONE DEL DEMANIO:

TRA LA TUTELA AMBIENTALE ED IL PRINCIPIO DEL "NEMINEM LAEDERE".

Emma Imparato - Roberta Venditti

Abstract (ita): Lo scopo della presente trattazione è quello di mettere in evidenza l'evoluzione giurisprudenziale del principio di responsabilità della P.A per danni connessi alla mancata o carente manutenzione dei beni demaniali, in particolare delle strade pubbliche. L'attenzione riposta sul tema delle responsabilità e del risarcimento del danno deriva, oltretutto, dalla crescente esigenza di preservazione del bene "ambiente". Oggigiorno l'ecosistema, la cui tutela era in precedenza connessa a quella del diritto alla salute, gode di un suo valore autonomo. Esso è infatti inteso, grazie alla giurisprudenza, sia come valore costituzionale che come diritto fondamentale la cui tutela è espressamente prevista dal legislatore.

Abstract (eng): The purpose of the present study is to highlight the evolution of case law of the principle of liability of P.A for damage related to failure or inadequate maintenance of state-owned assets, in particular of public roads. The attention placed on the issue of liability and compensation of the damage results moreover, from the growing need of protection of the good "environment". The ecosystem, the protection of which previously was connected to that of the right to health enjoys, nowadays, of its autonomous value. It is in fact understood, thanks to the law, both as a constitutional value that as a fundamental right to the protection of which is expressly provided for by the legislator.

SOMMARIO: 1. Aspetti introduttivi: la tutela ambientale nell'ordinamento italiano - **2.** La giurisprudenza e la "costruzione" del diritto costituzionale all'ambiente salubre - **3.** Il principio di responsabilità e la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. - **4.** Orientamenti giurisprudenziali: la responsabilità ed il fattore "custodia" ex art.2051 c.c. - **4.1.** Il caso fortuito e le differenze processuali - **5.** Note conclusive.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Aspetti introduttivi: la tutela ambientale nell'ordinamento italiano.

La tematica ambientale, da molti anni a questa parte, è divenuta oggetto di costante dibattito politico a più livelli istituzionali, da quello internazionale e comunitario a quello nazionale. L'elemento centrale del dibattito è soprattutto la ricerca di strumenti a garanzia di uno spazio, quello ambientale, socialmente e culturalmente costruito, nel quale la vita dei singoli consociati e, più generalmente, dei soggetti tutti, si svolge¹. Il legame che congiunge saldamente l'ambito della tutela ambientale a quello della salute umana è ben evidente.

L'obiettivo della tutela ambientale trae origine da dibattiti politici internazionali e comunitari e da un apposito quadro giuridico che è -nel nostro caso, soprattutto europeo- fortemente orientato in funzione deterrente, alla limitazione dei danni antropici all'ecosistema. L'esigenza di garantire la preservazione dell'ambiente si sviluppa in seguito al verificarsi di eventi catastrofici di portata globale, che hanno permesso di mettere in luce la stretta correlazione esistente tra lo *status* di salubrità ambientale e quello umano. Pertanto, prima di giungere alla definizione degli strumenti giuridici, in quanto applicazione di tutela diretta, la giurisprudenza e la dottrina prima, e la costituzione poi, si sono interrogate sulla definizione del concetto di "ambiente" al fine di individuare "concretamente" l'oggetto della suddetta tutela e di poterlo considerare come un valore costituzionalmente protetto.

Il termine "ambiente" è apparso nel testo costituzionale, solo a seguito della riforma del Titolo V, avvenuta con legge costituzionale 3/2001. Da quel momento, all'art.117 c. 2² fanno il loro ingresso congiuntamente i termini di "ambiente" ed "ecosistema", sino ad allora inesistenti, la cui disciplina, derivata dal nuovo riparto di competenze tra Stato e Regioni, spetta in via esclusiva al primo per i profili legati alla tutela intesa come conservazione. Prima della riforma del 2001, nel testo costituzionale non appariva alcun espresso richiamo alla tutela del bene ambientale. Ciononostante essa veniva garantita in via indiretta, sulla scia di un processo interpretativo, avviato soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale, che individuava una stretta correlazione tra la tutela del diritto soggettivo alla salute e la tutela dell'ambiente, facendone derivare un'embrionale tutela³.

Nel concetto di "ambiente", talvolta, sono state per lungo tempo ricondotte soltanto le "bellezze architettoniche", soprattutto in epoca fascista allorché l'idea di tutela era strettamente connessa a quella di "valorizzazione" del patrimonio artistico e quindi a quella di garanzia dell'interesse nazionale. Successivamente, l'oggetto della tutela è invece divenuto il "paesaggio" includendo tra gli elementi di protezione giuridica, introdotta con gli strumenti della "limitazione" e dell'autorizzazione⁴, tutte le aree "particolarmente caratteristiche" da un punto di vista geomorfologico⁵.

¹ A. MARINELLI, Tutela ambientale tra Costituzione ed interessi diffusi, in Rivista giuridica La voce del diritto, 20 ottobre 2017.

² Art.117 comma 2 lett. S) "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali".

³ V. in merito anche S. GRASSI, Ambiente e Costituzione, in Riv. Quadr. Dir. Amb., n.3/2017, pag. 1 e ss.

⁴ C. DELLA GIUSTINA, Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana, in www.Ambientediritto.it, fascicolo 1, 2020

⁵ A. PREDIERI, Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, in Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente, Firenze, 1969, Vol. II, p. 387. Il paesaggio alla luce dell'art. 9 Cost. deve essere inteso secondo l'A. come "la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni nella

AMBIENTEDIRITTO	

E' solo in un secondo tempo che la nozione di ambiente, sino ad allora includente solo specifici elementi, assume una connotazione più ampia, divenendo un bene "onnicomprensivo".

2. La giurisprudenza e la "costruzione" del diritto costituzionale all'ambiente salubre.

Nonostante l'assenza del termine "ambiente" nel testo costituzionale, la sua definizione e poi la tutela, è derivata in via interpretativa dalla lettura congiunta degli artt. 9 e 32 della Costituzione. La Corte Costituzionale a più riprese, si è espressa in merito fornendo tratti caratteristici del concetto, di volta in volta più chiari. Lo si è considerato così dapprima un bene unitario, immateriale, ovvero un vero e proprio "unicum" al cui interno si rivelava impossibile scindere i suoi elementi⁷ e successivamente un valore costituzionale e poi un diritto fondamentale⁸. Sebbene fosse assente l'espresso richiamo all'ambiente nell'art. 9 Cost., il giudice della leggi in via interpretativa, ha ricondotto la nozione di "ambiente" a quella presente in questo dettato normativo di "patrimonio artistico" e quindi di "paesaggio". Tale accostamento semantico è stato reso possibile a partire dalla concezione del patrimonio artistico come espressione di un tessuto culturale radicatosi e sedimentatosi nel tempo che ha concorso a definire i tratti caratteristici di uno spazio specifico, definito "ambiente". Il paesaggio si svincola dal "patrimonio artistico" e diventa dunque "l'ambiente visibile" ⁹.

A porre le basi della tutela ambientale concorre poi l'interpretazione dell'art.32 Cost. ove l'espresso richiamo alla tutela della salute umana¹⁰ è inteso non limitatamente alla fornitura di cure mediche bensì come tutela della vita¹¹ e quindi come diritto ad un ambiente salubre. Con una tale interpretazione si connettono il diritto alla salute con l'attenzione all'ambiente salubre¹², un'attenzione che si traduce nella predisposizione di strumenti di tutela e nell'identificazione di un vero e proprio diritto soggettivo. Come ha affermato la Corte Costituzionale¹³, garantire la tutela della salute umana significa garantire la salubrità degli spazi ove si svolge la vita di ogni singola persona.

La tutela dell'ambiente che ne deriva nasce dunque dalla necessità di salvaguardare la salubrità della vita umana. A partire dal 1987 la Corte Costituzionale, in precedenza piuttosto restia ad esprimersi sull'esistenza di un diritto alla salubrità ambientale, arriva a definire l'ambiente come bene di importanza costituzionale. Con la pronuncia n°641/1987, la Corte Costituzionale invita a porre particolare attenzione al tema della "qualità della vita", evidenziando la stretta connessione tra il diritto alla salute e la

sua cultura".

⁶ G. ROSSI, Diritto dell'ambiente, III, Giappichelli editore, Torino, 2015.

⁷ Sentenza Corte Costituzionale, n°378/2007.

⁸ Sentenza Corte Costituzionale, n°210 e n°641/1987.

⁹ C. DELLA GIUSTINA, Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana, pg. 2 cit. AmbienteDiritto.it

¹⁰ M. COMPORTI, Tutela dell'ambiente e tutela della salute, in Rivista giuridica dell'ambiente, n. 1/1990.

¹¹ V., in merito più specificamente con uno sguardo anche alla giurisprudenza comunitaria, E. A. IMPARATO, The right to life passes through the right to a healthy environment: jurisprudence in comparison, in Widener Law Review, XXII ed., Vol.22, 2016, p. 123, reperibile online all'indirizzo: https://widenerlawreview.org/files/2014/09/8-Imparato.pdf.

¹² G. COCCO, Tutela dell'ambiente e danno ambientale. Riflessioni sull'art. 18 dalla Legge 8 luglio 1986, in Rivista giuridica dell'ambiente, 1986.

¹³ Sentenza Corte Costituzionale n°641/1987.

AMBIENTEDIRITTO

tutela ambientale in virtù dell'interpretazione congiunta degli artt.9-32-41. ¹⁴ Con tale sentenza, il diritto all'ambiente è stato così per la prima volta annoverato tra i diritti soggettivi e considerato un interesse diffuso ¹⁵. Intendendo tale interesse come somma di diritti soggettivi, si legittima in tal modo i singoli individui ad agire in giudizio al fine di richiedere il risarcimento dei danni arrecati al proprio diritto alla salute da un eventuale danno ambientale.

In quest'ottica, l'evoluzione concettuale della nozione di "ambiente" ha permesso di giungere alla definizione di strumenti giuridici sempre più definiti e chiari da un punto di vista procedurale.

La tutela della qualità della vita viene connessa poi al dispositivo dell'art. 41, laddove pure si dispone espressamente che "l'iniziativa economica privata è libera" ma "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno (...) alla dignità umana". Il legislatore e la giurisprudenza non tracciano soltanto i limiti fondamentali per la tutela ambientale e per la preservazione dei diritti soggettivi alle attività antropiche (di tipo industriale e non) bensì pervengono all'ultima concettualizzazione del "bene ambientale" attribuendogli, ora, una sua dimensione autonoma, lungi dal fornirne una tutela indiretta in funzione accessoria 16. Come autorevole dottrina ha evidenziato, le teorie che si sono sviluppate e nel tempo susseguite in merito alla definizione del "bene ambiente" lo hanno identificato sia come mera "espressione formale" richiamante l'attenzione su diversi elementi, sia come "spazio" costituito sì, da un insieme di beni connessi l'un l'altro (flora, fauna, suolo ed aria) ma espressione di un valore autonomo ed in quanto tale, meritevole di autonoma tutela giuridica 17.

La Cassazione pure intervenuta al fine dell'identificazione del termine fa coincidere "ambiente" con il concetto di "valore autonomo". In particolare con la sentenza n° 25010/2008 stabilisce che: <<la>la compromissione dell'ambiente (...) trascende il mero pregiudizio patrimoniale derivato dai singoli beni che ne fanno parte, perché il bene pubblico (...) deve essere considerato unitariamente per il valore d'uso da parte della collettività quale elemento determinante della qualità della vita della persona, quale singolo e nella sua aggregazione sociale >>.¹8 La definizione dell'oggetto della tutela costituzionale e legislativa ha così permesso lo sviluppo di appositi strumenti deterrenti e talvolta sanzionatori che concorrono diacronicamente a limitare, in larga misura, il danno all'ecosistema, garantendo la preservazione del diritto ambientale, declinato, in maniera fortemente connessa al diritto alla salute, nel diritto ad un ambiente salubre.

Sulla scia anche di disposizioni comunitarie, il nostro ordinamento inizia ad introdurre strumenti direttamente applicativi della tutela ambientale. In questo senso il primo atto di riferimento, la l. 349/1986 istitutiva del Ministero dell'Ambiente, riconosce quest'organo ministeriale come unico soggetto legittimato ad agire in sede civile contro i danni ambientali, fermo restando la legittimazione delle associazioni ¹⁹ – debitamente riconosciute con decreto ministeriale- a richiedere lo svolgimento di azioni di precauzione e ripristino dello status quo ante, unitamente alla possibilità di enti

¹⁴ A. MARINELLI, Tutela ambientale tra Costituzione ed interessi diffusi, pg.1 cit.

¹⁵ Il diritto all'ambiente si affianca (a titolo esemplificativo): al diritto all'istruzione, alla salute, al diritto alla cultura.

¹⁶ Tutela ambientale che deriva dalla tutela della salute umana.

¹⁷ C. DELLA GIUSTINA, Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana, pg. 2 cit.

¹⁸ A.MINGARELLI, Responsabilità amministrativa e danno ambientale in G. PERULLI, Il danno ambientale, Giappichelli Editore, Torino, 2012, pg.134.

¹⁹ Art.13 L.349/1986.

AMBIENTEDIRITTO	

locali, regioni e province autonome, persone fisiche e giuridiche²⁰ di presentare denunce qualora siano direttamente o potenzialmente interessati da un danno ambientale.

3. Il principio di responsabilità e la tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c.

La tutela ambientale comporta, dunque, la tutela degli spazi ove il singolo svolge la sua vita e si collega alla tutela dei diritti della personalità laddove la garanzia della salubrità degli spazi implica la tutela della salute umana e permette la configurazione di un vero e proprio diritto all'ambiente salubre. La protezione di questo diritto risulta evidente dall'attenzione posta in particolare dalla giurisprudenza nonché dalla dottrina quanto alla disciplina prevista nel nostro ordinamento riguardante le responsabilità della P.A. nelle fattispecie di omessa manutenzione delle pubbliche strade e di tutte le aree calpestabili. Grazie all'ampio dibattito oggi la responsabilità della p.a. sembra così trovare una sua specifica identificazione. Quest'ultima sembra derivare infatti, *prima facie*, dall'art.5 della L. n°2056/1923, laddove si pone a carico dei Comuni l'obbligo di manutenzione e di messa in sicurezza dei luoghi demaniali, del loro manto stradale e pertinenze.

Gli obblighi della pubblica amministrazione appaiono ugualmente disciplinati nel Codice della Strada, riformato nel 2010, in particolare all'art.14 che prevede esplicitamente la << manutenzione, gestione e pulizia delle strade, delle loro pertinenze e arredo (...)>>. Le responsabilità connesse all'inottemperanza di tali obblighi sono poste in rilievo nelle fattispecie di danno ai privati derivante dall'omessa o dalla cattiva manutenzione. Ci si interroga allora sulla possibilità per un utente privato di richiedere il risarcimento di un danno in caso della lesione di un diritto soggettivo. Il dibattito circa la legittimazione ad adire l'Autorità giudiziaria competente da parte del privato cittadino che ha subito un danno si basa su alcune fondamentali premesse. Anzitutto, nel settore della viabilità pubblica non esisterebbe un diritto soggettivo alla manutenzione stradale, configurandosi soltanto un obbligo in capo alla p.a. di provvedere ad essa a favore della collettività tutta. Tale inesistenza annullerebbe perciò la possibilità, per il privato cittadino, di richiederne la tutela sia essa amministrativa che civile²¹. La Corte di Cassazione, tuttalpiù, con la sentenza n°500/1999, si è espressa prevedendo la tutela degli "interessi legittimi" e quindi la loro risarcibilità in caso di danno. Nella fattispecie di danno stradale non si sarebbe, tuttavia, realmente di fronte ad un interesse legittimo, bensì davanti un mero interesse semplice del privato cittadino. La legittimazione ad agire in merito all'offesa subita potrebbe perciò derivare dalla violazione del diritto all'integrità personale e patrimoniale, richiamandosi così direttamente il principio del "neminem laedere", principio a cui sarebbe possibile appellarsi al fine di richiedere un risarcimento del danno.

Di qui ad alcune disposizioni codicistiche, in particolare l'art. 2043 c.c. e l'art. 2051 che appunto introducono il principio di responsabilità e di risarcibilità dei danni connessi a cose di proprietà. La sostanziale differenza tra i due articoli e la diatriba formatasi sull'analisi dell'applicabilità dell'uno o dell'altro (in particolar modo nelle fattispecie di danni stradali ivi analizzate) attiene al tipo di responsabilità da essi

²⁰ L. 152/2006 art.309 c.2.

²¹ M.GUCCIONE, La responsabilità degli enti territoriali sulla manutenzione delle strade, in Approfondimenti e articoli di dottrina, Rivistagiuridica.aci.it, 2010.

AMBIENTEDIRITTO	

originatasi e riguarda le annesse differenze processuali. L'art. 2043, configurando una responsabilità della P.A. di tipo soggettivo, pone invero in capo al soggetto danneggiato l'onore della prova circa l'imputabilità soggettiva dell'evento dannoso al suo proprietario/custode; l'art. 2051 configura, contrariamente, una responsabilità oggettiva derivante dal mero possesso del bene, della sua custodia e dai suoi obblighi di vigilanza e di messa in sicurezza. Rispetto all'applicazione dell'una o dell'altra norma in sede giudiziaria, il tradizionale orientamento della giurisprudenza ha, in passato, favorito soprattutto l'applicazione dell'art. 2043 ai casi in ispecie, attribuendo l'imputabilità soggettiva del danno al proprietario. Questo indirizzo interpretativo è derivato soprattutto dalla constatazione dell'impossibilità di garantire un'effettiva custodia e vigilanza sui beni demaniali - presupposto di applicabilità dell'art. 2051 - in particolar modo sulle reti stradali da parte dell'ente. Sul punto, la Corte di Cassazione si è espressa con la sentenza n° 11366 del 2002 confermando l'inapplicabilità dell'art.2051 alle fattispecie di danno verificatesi su strade pubbliche.

Così per le responsabilità richiamate dal dispositivo dell'art. 2043 tipicamente aquiliane, a titolo di dolo o colpa, si stabilisce che ne risponde l'amministrazione proprietaria tenuta perciò al risarcimento dei danni, ferme restando le dovute valutazioni dell'Autorità giudiziaria preposta circa le ulteriori responsabilità in gioco quale ad esempio l'eventuale comportamento non diligente del danneggiato, ex art. 1227 c.c.

L'onore probatorio in capo al danneggiato²² risultante dall'applicazione alla specifica fattispecie della disciplina proposta dal medesimo articolo sembra assumere invece una forma gravosa. L'utente vittima si trova infatti impegnato nella produzione di fatti, tra i quali, la ricostruzione del fatto storico, la specificazione del nesso eziologico, l'imputabilità soggettiva del danno.

La difficoltà derivante dalla complessità del nesso di causalità ha spinto la dottrina ad introdurre la nozione di "insidia", intesa come tutto ciò che <<non è prevedibile né evitabile>>. Questo nuovo elemento ha permesso al privato cittadino di avvalersi di un onere probatorio meno gravoso: resta infatti solo la ricostruzione del fatto storico e la specificazione del nesso di causalità, libero dalla prova relativa all'elemento soggettivo da ora in poi insito nell'elemento dell'insidia. Quest'ultimo ricorrerebbe qualora si presentino congiuntamente i due elementi della non visibilità e dell'imprevedibilità.

Peraltro anche la Corte Costituzionale è intervenuta sul punto, esprimendosi a riguardo. Con la sentenza nº 156 del 1999 il giudice delle leggi elabora una definizione di insidia riconducibile alla figura sintomatica della colpa, caratterizzata dal "pericolo occulto" e da una situazione di assoluta imprevedibilità da cui origina, in caso di fatto dannoso, una lesione dell'integrità personale e patrimoniale.

La Cassazione, dal canto suo, riprendendo le considerazioni elaborate dal giudice costituzionale, ritiene che l'insidia << non è un concetto giuridico ma un mero stato di fatto, che per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto>>23. Questa interpretazione segna un cambio di orientamento rispetto al passato.

La Giurisprudenza tradizionale infatti nel ricavare la responsabilità della PA dall'art.2043 sulla base di elementi soggettivi, rifiutando l'idea di far ricadere tali

²² A. MARCHESELLI, Manutenzione di strade e sinistri, i limiti della responsabilità del Comune custode in Il Quotidiano Giuridico, vol. gennaio 2010.

²³ Cass. Civ. 13 luglio 2011 n°15375.

AMBIENTEDIRITTO	

fattispecie nella disciplina riconducibile all'art.2051 in virtù della caratteristica "demaniale" del bene, limitava le responsabilità connesse ai danni provocati da "insidie stradali" ai soli casi dell'invisibilità e della non prevedibilità dell'insidia stessa. La Cassazione stabiliva invero che: << a presunzione di responsabilità per danni da cose in custodia, di cui all'art. 2051 c.c., non si applica agli enti pubblici ogni qual volta il bene, sia esso demaniale o patrimoniale, per le sue caratteristiche (estensione e modalità d'uso) sia oggetto di una utilizzazione generale e diretta da parte di terzi, che limiti in concreto le possibilità di custodia e vigilanza sulla cosa; in questi casi, l'ente pubblico risponde secondo la regola generale dettata dall'art. 2043 c.c., e quindi può essere ritenuto responsabile per i danni subiti da terzi a causa di una insidia stradale solo quando l'insidia stessa non sia visibile, e neppure prevedibile>>.²⁴ A seguito dell'accertamento giudiziario circa la validità dell'elemento probatorio (insidia), l'ente non può esimersi da responsabilità, eccetto il caso in cui esso possa dimostrare di non aver potuto rimuovere l'insidia in questione, per cause di forza maggiore, pur avendo adottato tutte le misure precauzionali necessarie.

4. Orientamenti giurisprudenziali: la responsabilità oggettiva ed il fattore "custodia" ex art.2051c.c.

L'art. 2051c.c. prevedendo che <<ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia, salvo che provi il caso fortuito>> non era ordunque, secondo l'orientamento giurisprudenziale tradizionale, applicabile agli eventi stradali stante il legame con l'elemento della custodia. In altri termini, l'inapplicabilità alla gestione di strade pubbliche delle responsabilità per danni derivanti dal loro uso, era da addurre alle impossibilità per l'ente proprietario di garantire un effettivo controllo sulla cosa di proprietà. Questa impossibilità era da ricondurre alla notevole estensione delle aree viabili e all'uso generale e diretto da parte dei privati amministrati che rendevano dunque il bene esposto a pericoli. L'art. 2051 permetteva di derivare la responsabilità del proprietario dalla diretta custodia del bene, esentandolo dal risarcimento del danno in mancanza di un effettivo controllo.

Anche rispetto a questa interpretazione consolidata è intervenuta di recente la Cassazione. Invertendo la pregressa tendenza ha ritenuto la responsabilità dell'ente sussistente anche nelle ipotesi di danno avente luogo su beni demaniali quali le strade pubbliche, così rigettando l'assunto su cui si basava la precedente visione di esenzione (aprioristica) di responsabilità legata all'impossibilità dell'ente di effettuare controlli ed operazioni di vigilanza in maniera quotidiana e che avrebbero perciò comportato maggiori probabilità del verificarsi di una situazione di pericolo ossia un "caso fortuito". Inizialmente, la Cassazione aveva infatti ritenuto che: << La presunzione di responsabilità per danni da cosa in custodia, di cui all'art. 2051 cod. civ., non si applica agli enti pubblici per danni subiti dagli utenti di beni demaniali ogni qual volta sul bene demaniale, per le sue caratteristiche, non risulti possibile – all'esito di un accertamento da svolgersi da parte del giudice di merito in relazione al caso concreto – esercitare la custodia, intesa quale potere di fatto sulla stessa. (...) Con particolare riguardo al demanio stradale, la ricorrenza della custodia dev'essere esaminata non soltanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione, alle dotazioni, ai sistemi di assistenza che li connotano, agli strumenti che il progresso tecnologico appresta, in quanto tali caratteristiche assumono rilievo

²⁴ Cass. Civ. 1 dicembre 2004 n°22592.



condizionante anche delle aspettative degli utenti>>25. Si giungeva in tal modo ad affermare che per quanto concerne il demanio pubblico sarebbe stato impossibile confermare la persistenza dell'elemento della custodia, necessariamente oggetto di valutazione giurisdizionale nei casi specifici. Si puntualizzava inoltre che un sintomo della custodia sarebbe potuta derivare dalla "localizzazione" della strada ovvero dal suo collocarsi "entro il perimetro urbano dello stesso comune".

Diversa era invece la posizione assunta in dottrina, in particolare da alcune correnti minoritarie che ammettevano come fattore di esenzione da responsabilità non già l'eventuale impossibilità di custodia derivante da precipue caratteristiche (eccessiva estensione delle aree) quanto piuttosto quelle mere condizioni che, in caso di danno, avrebbero potuto costituire un "caso fortuito" ²⁶. Il riferimento all'estensione della strada poteva dunque essere idoneo soltanto a legittimare il verificarsi di un caso fortuito.

La giurisprudenza, dal canto suo, riteneva che qualora la fattispecie non sarebbe potuta rientrare nella disciplina *ex* art.2051 in virtù dell'accertamento circa l'assenza di controllo e vigilanza, l'ente sarebbe stato comunque responsabile ai sensi dell'art. 2043²⁷. Tale orientamento giurisprudenziale, come si anticipava, è attualmente superato.

La responsabilità della PA è oggi soggetta alla disciplina prevista dall'art. 2051 c.c. cosicché l'ente è considerato custode del bene demaniale a prescindere dalla sua estensione mentre la responsabilità è valutata sulla base degli elementi probatori del caso.

Ai fini di un'eventuale esenzione da responsabilità resta valida l'ipotesi in cui la P.A dimostri la sua effettiva mancanza di controllo sul bene in virtù di una oggettiva impossibilità.

Con una pronuncia del 2013 la Cassazione civile ben arriva così ad affermare che << la responsabilità dell'ente proprietario della strada prescinde dalla maggiore o minore estensione della rete e deve invece esser accertata o esclusa in concreto in relazione alle caratteristiche della stessa, alle condizioni in cui solitamente si trova, alle segnalazioni di attenzione, e all'affidamento che su di esse fanno gli utenti, tra cui gli interventi di manutenzione, secondo criteri di normalità >>.²⁸

4.1. Il caso fortuito e le differenze processuali.

Dal punto di vista delle differenze processuali tra le due disposizioni, le responsabilità derivanti dall'art. 2051 c.c., finiscono con il configurarsi (apparentemente) come responsabilità oggettive. Invertendo di conseguenza, rispetto all'art. 2043, l'onore probatorio, quest'ultimo spetta all'amministrazione stessa laddove il danneggiato è chiamato soltanto alla dimostrazione del nesso causale tra insidia dannosa e offesa ricevuta.

In quest'ottica, di fronte alla richiesta di risarcimento, la P.A. per esimersi da qualunque responsabilità è tenuta a fornire una prova positiva di eventuali elementi imprevedibili, fortuiti. Qui il "caso fortuito" è considerato come un evento eccezionale,

²⁵ Cass.Civ 6 luglio 2006 n°15383.

²⁶ P. MASTRANTONIO, Le responsabilità dell'ente proprietario della strada pubblica nella giurisprudenza recente, in Responsabilità della p.a., in Responsabilità della P.A, www.diritto24, 2020.

²⁷ F. TRAPANI, Lo stato della giurisprudenza in tema di responsabilità dell'amministrazione per insidie o trabocchetti, in www.diritto.it, 2019.

²⁸ Cassazione civile, sentenza n°24793/2013.

non prevedibile e non tempestivamente evitabile, la cui prova annulla il nesso di causalità intercorrente tra la cosa in custodia ed il danno verificatosi; la sua prova si rende perciò necessaria, pur essendo assenti elementi imputabili a titolo soggettivo. Questa impostazione è confermata dalla Corte di Cassazione che, in una sentenza del 2009²⁹, ribadisce che è compito del danneggiato fornire prova circa le condizioni del luogo ove il sinistro è avvenuto e determinarne il legame con l'offesa ricevuta, mentre al custode della res spetta l'onore di provare la mancanza del nesso eziologico e la compresenza di ulteriori elementi (quali: colpa del danneggiato, ulteriori elementi imprevedibili)³⁰. Ciò in quanto, come sostenuto dalla giurisprudenza, il custode della *res* è esente da responsabilità in particolare nei casi in cui la sua attività di custodia e vigilanza sia resa effettivamente impossibile a causa, tra gli altri, di determinati elementi incidenti sulla medesima res, del comportamento non diligente (che "previderi non potest") eventualmente assunto dal danneggiato nonché nelle ipotesi di danni derivati dalla presenza di eventi "fortuiti" non prevedibili e non immediatamente modificabili. Il riferimento alla proprietà ed il suo implicito legame con la custodia/gestione non sono peraltro affatto elementi scontati ma anzi piuttosto complessi.

Si ritiene doveroso allora chiarire alcuni profili. Talvolta, infatti, il proprietario della *res* non coincide con il custode, individuabile (a titolo esemplificativo) nel concessionario della medesima su cui incombe in ultimo l'obbligo della manutenzione e della vigilanza. Si tratta in questo caso di un vero e proprio <<p>potere di governo>> da cui origina, in caso di omessa o cattiva manutenzione stradale, una piena responsabilità basata sul potere di controllo, di manutenzione e di esclusione di terzi nel caso di danno verificatosi. La responsabilità da custodia, nei casi di concessione del bene demaniale, deriva dall'obbligo alla manutenzione del bene prevista dal Codice della strada come riformato nel 2010³¹.

A seguito della revisione del testo codicistico, l'art.47 prevede così, oggi, anche fattispecie di "manutenzione straordinaria" ed introduce una disciplina che obbliga il custode della *res* ad effettuare interventi straordinari su strade ed autostrade, soprattutto in corrispondenza di aree ad alto tasso di sinistri, sostanziandosi nel controllo delle condizioni del manto stradale, della segnaletica e delle barriere. Perché si configuri una responsabilità da custodia che obbliga *ex lege* al risarcimento, il giudice competente deve effettuare una valutazione delle cause del danno. Si possono così individuare diversi gradi di responsabilità.

Una piena responsabilità si configura in assenza di elementi esterni, nelle fattispecie di danno generato da instabilità strutturale mentre è esclusa nei casi di comprovato danno provocato da eventi imprevedibili ed eccezionali (caso fortuito).

La responsabilità della p.a. può configurarsi invece come parziale o addirittura escludersi, talvolta, di fronte a comportamenti imprudenti o negligenti del danneggiato (eventuale concorso di colpa ex art.1227 c.c.), in virtù della loro imprevedibilità da parte dell'ente, pur restando integro l'obbligo della P.A di eliminare situazioni di pericolo per l'utenza.

Insomma, il comportamento colposo del danneggiato può essere idoneo a spezzare il

²⁹ Sentenza Suprema Corte n°26571 del 18/12/2009.

³⁰ P. VILLANI, La manutenzione ordinaria delle strade urbane ed extraurbane, Dipartimento di ingegneria civile ed ambientale- politecnico di Milano, 2016.

³¹ Legge 120 del 29 luglio 2010. Entrata in vigore ad agosto 2010.

AMBIENTEDIRITTO	

nesso causale tra la condotta omissiva della P.A. e l'evento dannoso³², in particolar modo qualora la situazione di rischio avrebbe potuto essere evitata con la giusta attenzione³³.

In definitiva l'ente gestore appare responsabile per eventuali danni derivanti da carenza di manutenzione e per sinistri riconducibili a pericoli generatisi sulla strada medesima ma non è responsabile per danni connessi a comportamenti imprudenti dell'utente³⁴. Tale comportamento può essere considerato un "caso fortuito" qualora ricorrano due caratteristiche: la colpa dell'utente e la sua imprevedibilità da parte del custode.

Il comportamento colposo dell'utente, il cui onere probatorio spetta alla P.A., può così concorrere a determinare sia l'applicazione della disciplina ex art.1227 c.c.³⁵, sia l'esenzione di responsabilità da parte di quest'ultima. Qualora non idoneo ad interrompere totalmente il nesso eziologico, il comportamento imprudente del danneggiato può produrre effetti sull'entità del danno e quindi sul risarcimento stesso. Nella valutazione riguardante l'attribuzione di responsabilità, dunque, il comportamento del danneggiato ha una notevole rilevanza, soprattutto al fine di un eventuale risarcimento del danno. La Suprema Corte ha infatti più volte affermato che qualora l'insidia possa essere evitata dall'utente assumendo un comportamento diligente, gli eventuali danni derivanti da un sinistro stradale non generano responsabilità in capo alla P.A., ex art.2051c.c.³⁶

Îl comportamento imprudente del danneggiato non può ricadere sotto il profilo del "caso fortuito". Ciò in virtù della mancanza dell'elemento "imprevedibilità" che conduce a ritenere, invece, il custode responsabile delle eventuali carenze circa la prevenzione e manutenzione, in assenza di eventuale prova liberatoria della P.a. che in tal caso ne affievolisce o ne esenta da responsabilità.³⁷

5. Note conclusive.

Vexata quaestio, secondo la Corte di Cassazione, riguarda principalmente l'ambito di applicazione dell'art. 2051 in caso di incidenti su strade statali e pubbliche, alla luce della mutevole giurisprudenza che ha riguardato la tematica in questione. Come ricordato dalla stessa Corte, il tema della responsabilità extracontrattuale della P.A origina dalla necessità di rivalutare e soprattutto di porre su pari livello i privati cittadini e l'amministrazione stessa, in precedenza esentata da obblighi risarcitori per danni stradali. Gli specifici obblighi a carico dell'amministrazione si sono dunque sostanziati nell'applicazione delle regole di buona fede nei rapporti contrattuali e, cosa

³² Cass. Sez. III del 13 gennaio 2015 n°287.

³³ Sentenza n° 125 del 15 gennaio 2013 del Tribunale di Padova avverso una richiesta di risarcimento a seguito di danno lamentato dai genitori di un minore, avuto luogo su pubblica strada.

³⁴ Cass. Sez. VI del 26 settembre 2017 n°22419.

³⁵ L'art.1227 commi 1-2, Concorso del fatto colposo del creditore afferma: <<Se il fatto colposo del creditore, ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate; Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza >>.

³⁶ Cass. Civ., 22 ottobre 2013, n°23919.

³⁷ Cass. Sentenza n°13222/2016 con nota di A. ARSENI, La esimente del caso fortuito nella responsabilità del custode, in diritto.it, 2017.

AMBIENTEDIRITTO

ancor più rilevante, nella responsabilità civile extracontrattuale (evidente nei casi di esercizio di attività pericolose). La tradizionale giurisprudenza, come si è sottolineato in precedenza, ha per lungo tempo assunto una posizione ostile all'applicazione della disciplina prevista dall'art. 2051 in virtù della stretta connessione con il fattore "custodia". Essa ha ammesso, cionondimeno, l'applicazione dell'art.2043 richiamato alla luce della lesione del principio del "neminem laedere", derivante dall'omessa o cattiva manutenzione della res di proprietà o in custodia.

La decisione di includere il danno stradale nella disciplina dell'art. 2043 è stata dovuta alla necessità di porre un freno all'attività discrezionale della P.A. Attraverso l'istituto dell'insidia o trabocchetto, elaborato dalla giurisprudenza stessa, si è voluto indicare un pericolo occulto ed imprevedibile, che potesse fungere da base legittimante per una richiesta di risarcimento dell'utente danneggiato. La giurisprudenza ha poi subito un révirement. Una prima evoluzione ha condotto a ritenere applicabile l'art. 2051 c.c. anche per danni su beni demaniali e patrimoniali, con particolari limiti, ovvero la non eccessiva estensione e l'uso non diretto e non generalizzato. La responsabilità perciò, secondo tale orientamento, deriva dalla mancata od omessa manutenzione su beni demaniali o patrimoniali ove sia possibile porre in essere attività di controllo e vigilanza quotidiane, non includendo in tale categoria (a titolo esemplificativo) le strade statali, strade statali ferrate, autostrade. Successivamente, la Cassazione ha invece affermato che l'uso generale e l'estensione oltre che il carattere demaniale non possono aprioristicamente escludere l'applicabilità dell'art. 2051 e quindi una responsabilità oggettiva della P.A. ben presente ogniqualvolta la P.A. svolga specifiche attività sulla strada e possa garantirne un controllo. Unica prova liberatoria è il caso fortuito. Un'importante pronuncia in merito all'interpretazione e all'applicabilità dell'art.2051 nella determinazione delle responsabilità in capo all'ente proprietario o custode del bene stradale, si rinviene nella sentenza n°3651 del 20 febbraio 2006.

La Cassazione, in virtù della pronuncia della Corte Costituzionale adottata con la sentenza n°156/1999 in cui si è affermato che l'estensione del bene ed il loro uso generale e diretto siano meri indici sintomatici di scarsità di vigilanza e controllo, soggetti tuttavia ad accertamento da parte del giudice, perviene a una chiara posizione in merito all'applicabilità dell'art.2051 ai danni stradali e al tipo di responsabilità in capo al P.A. Si giunge così ad una scissione tra il concetto di "demanialità" e quello di "controllo", non potendo l'uno escludere l'altro. Riguardo le responsabilità della P.A non permangono dubbi da parte della giurisprudenza, essendosi essa già espressa sull'applicabilità dell'art. 2051. Unico dubbio attiene al loro carattere oggettivo. Invero, per quanto dalla disciplina ex art. 2051 le responsabilità sembrino configurarsi come oggettive poiché derivanti dal mero controllo esercitato sulla res, permane l'onere della prova individuato nel caso fortuito che è atto, se sussistente, ad esonerare la P.A dal risarcimento. Questo elemento collide con il concetto stesso di responsabilità oggettiva; le attività da cui essa origina³⁸ sono tra l'altro le "responsabilità da preposizione", "responsabilità per danni nucleari", "responsabilità per danni da velivoli a terzi sulle superfici"³⁹ e si configurano per l'assenza di elementi probatori con funzione liberatoria.

Ciò non avviene, si ribadisce, per le responsabilità della P.A. da illeciti stradali, ove, come esposto nella prima parte (*infra* § 3), contraltare dell'insidia diventa l'onere

³⁸ L. VIOLA (a cura di), Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali, Halley Editrice, 2007.

³⁹ Cassazione civile, sez. III, sentenza 20/02/2006 n° 3651.

AMBIENTEDIRITTO	

probatorio a favore del danneggiante, ossia il "caso fortuito", che ha potenzialmente l'idoneità di esentare il custode dal risarcimento del danno. La Corte sottolinea allora che in tal caso non si tratta di una responsabilità oggettiva bensì di una "responsabilità aggravata" consistente nell'esistenza dell'onere probatorio che pone la condizione del danneggiante in una situazione gravosa⁴⁰ rispetto al danneggiato, la cui posizione è invece avvantaggiata dall'ordinamento.

Secondo il nuovo orientamento pertanto, il caso fortuito non costituisce prova della mancanza di custodia bensì la prova dell'aver adottato tutte le misure del caso per evitare pericoli.

In conclusione, il nuovo orientamento seguito dalla giurisprudenza sembra poter fornire maggiori garanzie all'utente danneggiato. Grazie all'applicazione dell'art. 2051 c.c. l'utente gode di un onere probatorio meno gravoso rispetto alla disciplina derivante dall'art. 2043 ma ugualmente esistente. Il danneggiato deve, infatti, produrre prova del nesso eziologico tra danno ed offesa, solo a seguito del quale la P.A può fornire prova liberatoria del caso fortuito rendendosi, quindi, esente da responsabilità. Il punto debole di una tale disciplina è il suo carattere prettamente giurisprudenziale. Il sistema di responsabilità posto in capo alla P.A non è di derivazione, almeno immediatamente, legislativa⁴¹ potendosi rinvenire soltanto per via interpretativa da disposizioni codicistiche, originariamente non applicabili alle P.A., sia pure concorrendo la disciplina dettata dal Codice della strada. La mancanza di un'espressa (e recente) previsione legislativa degli obblighi della P.A, apre la strada a molti dubbi e può mettere in pericolo quei diritti costituzionalmente protetti, sempre costruiti dalla giurisprudenza, tra cui, in *primis*, il diritto alla salubrità ambientale rivelandosi come diritti soggetti ad interpretazione e quindi anche ai cambi di orientamento giurisprudenziali ad essi meno favorevoli.

⁴⁰ Suprema Corte di Cassazione, Sez. III civile, Sentenza 20 febbraio 2006 n° 3651, con nota di G. BUFFONE, Insidia stradale: configurabile la responsabilità aggravata della p.a. 2010.

⁴¹ Gli unici atti normativi che richiamano gli obblighi della P.A, emanati tempo addietro, sono la Legge 20 marzo 1865 n. 2248, ove all'art.28, Allegato F si prevede come "obbligatoria la conservazione in stato normale delle strade provinciali e comunali sistemate" e successivamente il r.d. del 15 novembre 1923 n. 2056, riguardante le "Disposizioni per la classificazione e manutenzione delle strade pubbliche" al cui art. 5 si legge: "Alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade di quarta classe provvedono i rispettivi comuni a totali proprie spese".

AMBIENTEDIRITTO	
 AMDIENTEDIMITIO	

BIBLIOGRAFIA

ARSENI A., "La esimente del caso fortuito nella responsabilità del custode", in Giurisprudenza commentata, www.diritto.it, 2017

BUFFONE G., "Insidia stradale: configurabile la responsabilità aggravata della p.a." in Amministrativocivile, www.altalex.it, 2010

CARNEVALE G., "Risarcimento", Giappichelli Editore, Torino, 2012

CATALDI R.-STORANI P.- ROMANÊLLI F.-ALBERTAZZI L.- BARSOTTI E., "Insidie stradali e responsabilità della P.A. e di altri soggetti", Maggioli Editore, 2014

COCCO G., "Tutela dell'ambiente e danno ambientale. Riflessioni sull'art. 18 dalla Legge 8 luglio 1986", in "Rivista giuridica dell'ambiente", 1986

COMPORTI M., "Tutela dell'ambiente e tutela della salute", in "Rivista giuridica dell'ambiente", n. 1/1990

CORDINI-FOIS "Diritto ambientale: profili internazionali, europei e comparati", 2017

D'APOLLO L., "Danno da insidia stradale", Giappichelli Editore, 2015

GIUSTINA C., "Il diritto all'ambiente nella Costituzione italiana". in www.AmbienteDiritto.it, anno XX, fascicolo 1/2020

GRASSI S., Ambiente e Costituzione, in Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente, n.3/2017 GUCCIONE M., "La responsabilità degli enti territoriali sulla manutenzione delle strade", in Approfondimenti e Articoli di dottrina, "rivistagiuridica.aci", 2010

IMPARATO E., "Il diritto alla vita passa attraverso il diritto ad un ambiente sano: la giurisprudenza a confronto", Widener Law Revue, XXII ed., Vol. 22, 2016

MÁRCHESELLI A., "Manutenzione di strade e sinistri, i limiti della responsabilità del Comune custode", www.Iris.unito.it, 2010

MARINELLI A., "Tutela ambientale tra Costituzione ed interessi diffusi", in Rivista giuridica "la voce del diritto", ottobre 2017

MASTRANTONIO P., "Le responsabilità dell'ente proprietario della strada pubblica nella giurisprudenza recente", in Responsabilità della P.A, www.diritto24, 2020

MAZZON R., "La responsabilità civile: responsabilità oggettiva e semioggettiva", Utet Giuridica, 2012 MINGARELLI A., "Responsabilità amministrativa e danno ambientale" in PERULLI G., "Il danno ambientale", Giappichelli Editore, Torino, 2012

PERULLI G., "Ruoli e procedure nella tutela ambientale", Giappichelli Editore, Torino, 2012 ROCCO F., "Alcuni spunti giurisprudenziali comunitari e un'importante enunciazione della giurisprudenza italiana sul principio di precauzione e sul conseguente obbligo risarcitorio", in PERULLI G., "Il danno ambientale", Giappichelli editore, Torino, 2012

PREDIERI A., Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio, in Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente, Firenze, 1969, Vol. II

ROSSI G., "Diritto dell'ambiente, III", Giappichelli editore, Torino, 2015

SCALZINI S., "Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento" in www.iris.luiss.it, 2012

SCHLITZER E.F, IMPOSIMATO C., "L'ambiente e la sua tutela risarcitoria", in PERULLI G., "Il danno ambientale", Giappichelli editore, Torino, 2012

TORTORA A., "La responsabilità civile ex art. 2051 cod. civ. della pubblica amministrazione per i danni cagionati agli utenti delle strade pubbliche", in Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, www.amministrativamente.com, 2017

TRAPANI F., "Lo stato della giurisprudenza in tema di responsabilità dell'amministrazione per insidie o trabocchetti", in www.diritto.it, 2019

VILLANI P.M.C "Incidenti sulle strade locali extraurbane", in www.re.public.polimi.it, 2010

VILLANI P.M.C., "Le possibili responsabilità tecniche per l'ente proprietario della strada nei casi di sinistro mortale o con feriti gravi", in www.re.public.polimi.it, 2014

VILLANI P., "La manutenzione ordinaria delle strade urbane ed extraurbane", in www.re.public.polimi.it, 2016

AMBIENTEDIRITTO	

VIOLA L., "Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali", Halley Editrice, 2007

VITULLO V., "Cass. civile, sez. III, 23/01/2009, n. 1691 Responsabilità civile P.A.", in www.amministrativamente.com, 2009

Altre fonti

Sentenza Corte Costituzionale, n°378/2007 Sentenza Corte Costituzionale, n°210 e n°641/1987 Cass. Civ. 13 luglio 2011 n°15375 Cass. Civ. 1 dicembre 2004 n°22592 Cassazione civile, sentenza n°24793/2013 Suprema Corte sentenza del 18/12/2009 n°26571 Cass. Sez. III del 13 gennaio 2015 n°287 Cass.Sez. VI del 26 settembre 2017 n°22419 Cass. Civ., 22 ottobre 2013, n°23919 Cass. Sentenza n°13222/2016 www.diritto.it www.diritto24.it www.cortegiustiziapopolare.it www.iusinitinere.it www.altalex.it www.lavocedeldiritto.it www.AmbienteDiritto.it RE.PUBLIC@POLIMI Research Publications at Politecnico di Milano www.amministrativamente.com Rassegna di diritto civile

AMBIENTEDIRITTO

PERSONAL DATA IS THE NATURAL RESOURCE OF EACH NATION-STATE.

Tulio Rosembuj

Former full Professor in Tax Law.

1. Personal data as raw material.

Tessa Morris-Suzuki was the first to notice the emergence of a different stage in capitalism's evolution. And it is noteworthy that her prophecies are revealing, mainly because there was no Internet, the Web, or the digital good, which would later confirm them.[1]

The core of the reflection is the private appropriation of social knowledge and its conversion into a corporate profit source. The economy shifts from the production of goods to the creation of innovation, "new knowledge for the making of goods."

The correlative growth of knowledge producers addresses the reduction of the number of workers engaged in manufacturing production. The gain comes from exploiting the producer's knowledge. Every intangible has value and can be the object of transactions at a price (inventions, automation programs). It is another form of exploitation that opens new opportunities for the appropriation of economic surplus-value. The new source of profit is the "private appropriation of social knowledge".

The private appropriation of the raw material is knowledge in itself. The free capture of common knowledge for its private appropriation as a source of corporate profit is the new stage of capitalism.

"Whereas the knowledge which comes out of this commercial production process is the private property of the corporation, fenced around with monopoly barriers which in dow it with market value, the knowledge which goes in as raw material is mostly social knowledge, produced and owned jointly by society as a whole. The process which uses social knowledge to create private knowledge can generate profits far more substantial than those which could be obtained from the pure exploitation by the corporation of its workforce "[2].

The author anticipates the source of excess profits of the digital economy before it existed: the free use of the raw social material - personal data - which is transformed into a source of advantage by its private appropriation under industrial and intellectual protection. That is the transformation of the public domain into private property.

Innovation could be an excellent course of social benefits because it fuels the permanent desire for discovery and new knowledge. It appears distorted by the systematic vocation of profit that influences the patterns of the development of knowledge.

AMBIENTEDIRITTO	

The (digital) innovation activity leads to oligopolistic situations of market dominance, that grows and become consolidated by merit of the free social raw material to create private knowledge, as a source of surplus-value. The new capitalism gets the gain from their workers, but from all the users, at the time, identifiable as data workers.

"On the indirect exploitation of the labor of everyone in returned in the maintenance, transmission, and expansion of social knowledge: parents, teachers, journalists- in the end, everybody" [3].

Zuboff would call this surveillance capitalism.

The private appropriation of social knowledge is the form of digital economic income, and the raw material is the collective, general knowledge of all.

Personal data is the first step of the collective knowledge of each one.

The first subject, personal data, is configured as fragments, like fractals of the digital person, resulting from the free capture of collective knowledge." Data double "is the aspiration to abstract the digital reproduction of the digital person as if it were a person, freely available in different physical, timeless spaces, and separately integrated into series of discrete information flows, predisposed for their commercial use.

"In a cybernetic world, surplus value increasingly refers to the profit derived from the surplus information that different populations trail behind them in their daily lives." [4].

The first matter of the data is the foundation of the object of algorithmic construction. The personal data collected evolve by the algorithm in production and manufacturing to a kind of artificial knowledge aimed at obtaining excess profits or pure information for other purposes, be they for security, control, or surveillance.

"The data harvested from individuals and fed into commercial systems of predictive analytics are framed as raw streams of observation to be gathered and then processed and systematized. "[5]

Personal data preexists double data; they are the essential person in its purest form. None of its references are divisible from the person who holds them and, in themselves, lack patrimonial value and are out of commerce: the right to privacy; to the body sphere; to personal freedom; the right to the name; to the image itself, its language, which is both the society where it is transmitted and the nation that makes it it's own.

Identity is the right to the personality of the person. Something that, paraphrasing Ferrara, guarantees the enjoyment of ourselves, assures each individual the seniority over his person, and the satisfaction of his physical and spiritual forces.

There is information that makes each person and that it is not appropriate to transfer to personal data organizations so that they extract from their use an infinite utility without their owner knowing it. Even if they know it, they can do nothing to avoid it. The digital person is not the person, and parts of the whole person split the personal data.

The appropriation of collective knowledge begins with that of personal data. Commercial exploitation of personal data does not seem consistent with the universal right to personality. Datification promotes a qualifying resource for its reuse value, capable of eternity, repetition, continuous and systematic application, having belonged to some, lost since that time the trace of his first identity.

The transcendence of data collection, however small or incidental, proposes a round-trip chain in which the protagonist is the end-user.

The borrowed identity contributes to the creation of another person. The digital person who threatens that others algorithmically construct it of the person: a hypothetical and even distorting personality. [6]

AMBIENTEDIRITTO	

We are the data. Oil, corn, or wheat, or any other natural resource, is on the surface. Only its free extraction is needed, algorithmic data mining, for the appropriation of the public domain and commercialization as predictive products, under the protection of private possession.

Personal data is not a non-renewable resource, limited in quantity, and subject to scarcity. Its availability and reuse ensure long-term permanence and access are not hindered, until now, by law or tax, or insurmountable difficulties. Digital identity appears like a renewable natural resource, a raw material based on the person, but different.

The oil industry analysis offers characteristics that help understand the data digitization and its transformation into located predictive products.

Following Bridge, the oil industry can have six sequential work processes: exploration, extraction, refining, distribution, consumption, and coal capture. The extractive industry means an appropriation of nature That has to do with the production of goods that modify social relations; the influence of the materiality of the resources on the organization of production - physical and chemical qualities, qualities of oil, the deposit of reserves and the ease of extraction - and, lastly, the territoriality of the resource, its location. The creation of value and the capture of income is verified by closing and exclusion, through property rights. [7]

Surveillance capitalism observes a structure and function similar to the extractive industry. Data exploration, extraction, profiling, distribution, and use and the institution of proprietary rights for closure and exclusion of rivals. Free appropriation and dispossession of data; the material conditions that condition the person's behavior through the construction of predictive products based on concomitances in education, social habits; the infrastructure that influences them, and, finally, the territorial location of the users.

The same it is appliable regarding the harvesting of raw materials within an industrial system of agriculture. Data, like raw materials, is both natural and cultivated, real, and highly artificial. Later the refineries originate by-products from the corn or wheat mills. So it is with data and data doubles.

"After personal data have been cultivated and harvested, they are processed to generate patterns and predictions about consumer behavior and preferences." [8]

The first subject of the surveillance assembly is the digital person: "Today, however, we are witnessing the formation and coalescence of a new type of body, a form of becoming which transcends human corporeality and reduces flesh to pure information. Culled from the tentacles of the surveillant assemblage, this new body is our 'data double'" [9]

What are we talking about when we talk about the digital person?

The raw material is the digital person, the personal data collected in masse for its algorithmic treatment. The digital person is not the person, but an approximation more or less closes, but not identical, which becomes an abstraction for its economic, political, social, commercial use. It is the human person stripped of the seigniory of identity on his signs and his body. Each of the elements that highlight the human becomes data, whether they are of an essential identification, gender, religion, nationality, social or psychological group, interests, influences, inclinations, or merely bodily, of pure information.

"Thus, the complete decision on what a person's identity is can be transferred to systems that order the information received according to their logic and projected their" own "representation of the person abroad ... You are what Google says you are: and on this basis, the person is known

AMBIENTEDIRITTO	

and classified, projections of his possible future decisions are built, so that the person risks being valued for his propensities and not for his actions."[10]

The digital person loses his origin to join a mass concert, the more collective, the better, supported by correlations, abstractions, algorithmic generalizations, which reveal proximity, concomitance, or, on the contrary, distance.

"Our big data-algorithmic identities are statistically ordained by correlation and nothing else." [11]

The representation of the collective digital person acquires all its meaning in algorithmic abstraction, creating ideal models of data. Beyond generalization, the concept is a program of intentions in itself, aimed at obtaining certain types of results than others and without any surprise in the purpose, e.g., pricing algorithms.

The collective and abstract digital person adopts a future value that exceeds its beginning. It is a construction, for the purpose that is deemed appropriate, without space or time containing it. Unlike the person, the digital person is eternal and operational in different digital areas and at different times. It is a renewable raw material, of infinite reuse. It lacks the date of birth and death. The versatility of its composition allows it to act in as many modalities as the programmer's imagination allows.

The collective and abstract digital person, imbued with eternity, can also be and not be anywhere and at all at the same time. It is what D.Quah qualifies as aespatial. But, it is capable of localization in the digital space where it lays the foundation of the platform's power.

The digital space person is, at the same time, the essential component of the digital market, of the market where the immobility of the user resides. The digital person is not the same as a component of transactions in one place than in another. Its effectiveness depends on contemplating the network effect, capturing the personal data of users who find it according to their propensity. The digital market is a national market, by definition, where the homogeneity and diversity of civil society, its inclinations, and preferences, its interests and behaviors can be assessed.

The Achilles heel of the digital person is that without personal data, they cannot generate economic income, which forces their accumulation without truce. Personal data is always local, domestic, national market data. Let's say that the digital person is, by definition, national, and he has no present and no future without that cultural identity. Personal data show the past of each of us in a specific social historic territory.

2. The digital person is a natural resource.

The digital person is the raw material of the digital natural resource in each of the countries where real people operate or intend to do so.

What is a natural resource?

In the WTO definition

"Stocks of materials that exist in the natural environment that are both scarce and economically useful in production or consumption, either in their raw state or after a minimal amount of processing." [12]

Natural resources can be ubiquitous, air, water, or non-ubiquitous, copper, iron. The digital person is a non-ubiquitous natural resource because it occurs in specific and determined territories such as the Nation-State. These non-ubiquitous resources are

AMBIENTEDIRITTO	

considered localized resources. Natural capital has two components: Abiotic comprising underground assets,e,g, fossil fuels, metals, minerals, and abiotic flows, e.g., renewable energies.

Biotic, which consists of the ecosystems that satisfy public needs. such as forests, animals, fish. The Earth's biosphere is the zone of life that goes from the deepest within the Earth to the atmosphere. The Internet is the human creation of a digital biosphere. [13]

"The increasing importance of data warrants treating it at par with other resources on which a country would have sovereign rights. Data is the new oil. Therefore, just like oil or any other natural resource, it is essential to protect data, prevent its misuse, regulate the use and processing of data, and address the concerns related to privacy and security. [14]

The digital person originates from the natural social human environment and is economically usable as raw material for predictive products or informational merchandise. It is both natural and artificial.

Unlike natural resources, oil, iron, minerals, it is not a scarcity material. The digital person postulates an infinite expansion that can be used repeatedly without additional costs.

The digital person has all the attributes of abundance that makes them inexhaustible and algorithmically profitable for their economic use. The digital person is a derivative of the person, the fruit of the digital environment.

The digital person is an asset of natural capital, different from the physical or human capital, whose source is the person and promotes the surveillance economy through its treatment.

The digital person is a natural resource based on the appropriation and capture of personal data, of people, at any time and place, and that becomes economically useful for its exploitation and transformation into a predictive product or informational merchandise.

The digital person is a renewable resource, ideal for their replenishment and recovery that far exceeds their consumption rate. Their permanence is not threatened by exhaustion, as is the case with non-renewable resources. Its quantity is unlimited, and its versatility is infinite. The digital person does not have a date of birth or death. It is for use without expiration time. If it were not so, as a non-renewable resource, it would risk its existence in quantity and renewal of itself over time.

The digital person is a universal resource and different from most of the natural resources. It is not concentrated in a small number of countries. Its distribution throughout the states follows the local population's social, political, cultural, and economic signs. Unlike other raw materials, oil, for example, there is no risk of disparity in its global distribution unless they are the consequence of the division between industrialized and developing countries. The digital person is under the fiduciary or public domain of each national jurisdiction as it happens with any other natural resource placed in its territory.

The digital person has the local population as a factor of immobility. The ownership of the public domain of the data corresponds to each people in each Nation-State. The embeddedness space of the digital person is the primary source of profit for the digital industry.

The capture of data and its manufacture, like other natural resources, of the mining or fishing type, need the location State's legal discipline. Like other natural resources,

AMBIENTEDIRITTO	

they might entail serious negative externalities. It breaks the social and cultural identity of the community, through manipulation and disinformation.

The purpose of the digital person is its economic exploitation. The very survival of platforms providers of the digital persons depends on the users in each country, each sector, each region. It is not enough with the actual information, but it is necessary to increase it in all directions intended to increase the network effect.

The natural resource of the digital person has an economic value as marketable informational merchandise. It is fictitious merchandise, which comes close to others that Polanyi described at the time as such: work, land, and currency.

Paraphrasing Polanyi, it can be said that the digital person, like work, is just another name for a human activity that accompanies life itself, which is not for sale, but for entirely different reasons, nor can this activity separate from life, accumulate or mobilize.[15]

Personal data are not goods in the real sense, but they acquire the virtue as such of being products subject to price, for sale in the market. Informational goods or predictive products are intangibles that result in mass transformation processes and whose distribution occurs as if they were material, physical goods.

"Our algorithmic identities are made through data and only data. It is a process that gleans from databases; It reads our behavior s as data, our social ties as data, and our bodies as data. And it conditions our present and futures based on dynamic interpretation of that reading."[16]

3. From natural resources to natural capital. Contribution to the person.

Natural capital is a concept related to the stock of renewable and non-renewable resources, e.g., plants, animals, air, water, soils, minerals that combine to generate a flow of benefits for people. [17]

Natural capital is a utilitarian economic approach to nature. An accent to those aspects of it that the person uses or can use as a source of derived benefits as ecosystem services. The economic analysis of nature raises doubts about the breadth of the definition. It can lead to methodological contamination of the process related to the market and narrow the field of knowledge to other areas such as sociology, culture, and freedoms of choice and action. It is a definition that leaves out everything that is not strictly environmental science and economy.

The Platform Intergovernmental Scientific - Normative Diversity Biological and Ecosystem Services (IPBES) produced in 2019 a comprehensive report on the starting point of natural capital. The basic concept is that of nature's contributions to people, which allows for a broader and more versatile knowledge of the relationships between people, the environment, and society. A sourceless not only attached to the market economy with a clear vocation natural and social sciences, humanities, and knowledge of professionals and indigenous and local communities.[18]

"For contributions of nature to peoples and they understand all contributions that humanity derives from nature. Ecosystem goods and services, examined separately or together, are included in this category. Within other knowledge systems, the gifts of nature and other similar concepts refer to the benefits of nature from which people obtain a good quality of life. This broad category also includes aspects of nature that can be negative for people (harm), such as pests, pathogens, or predators. "[19]

AMBIENTEDIRITTO	

The contributions of nature to people also include **anthropogenic assets**, benefits that are produced jointly between the environment and society. Firstly, knowledge, education, technical or scientific knowledge, relationships of trust, language.

Language is a first-rate anthropogenic asset for the consolidation of the immaterial dimensions of nature's contribution to people because it nurtures the sense of cultural identity.

"Feeling of belonging to one or more social groups (as related, for instance, to locality, country, ethnicity, religion, activity, gender, generation) being respected for self-determination, practice of language, education and transmission, activities related to intangible values and culturally-valued means of existence." [20]

Digitization is not unrelated to the requirement to contribute to the quality of life that nature provides to the person. Their contribution is not produced exclusively through biophysical processes, but interacting with anthropogenic assets, such as language, knowledge, cultural, spiritual values , and the institutions that have fiduciary responsibility for their conservation and reproduction.

The interaction can be positive or negative. The predatory offensive of the digital platform, whose base is the digital person, acts to the detriment nature's contribution to people, e.g., manipulation and disinformation. The result of economic exploitation disregard any of the immaterial dimensions that indicate the freedom of choice and action of the person, her beliefs, the cultural and social values that accompany her. The digital person is the felled tree or the mined ore.

Culture appears, unlike natural capital, as a determining factor in the relationships between nature and people.

The contributions of nature to people are all those that affect their quality of life, including the material and immaterial dimensions. The protection falls within the jurisdiction where nature provides service to people.

4. The personal data belongs to the Nation-State, where it is recognized and located.

The immobility factor of the person in each country allows platforms to accumulate with more personal data, feeding the stock digital people. The digital person is the raw material of the natural resource. The logical output comes from the people of the Nation-State from where the platforms collect personal data and transform it into merchandise. The identity of people is the identity of the community and the identity of the Nation-State. The appropriation and capture of the digital person is the disaggregation of the community and the Nation-State. Natural resources are under to fiduciary sovereignty of each State, precisely like the raw materials within its territory.

Jean L. Cohen states that "the nation-state still exists and remains sovereign "in many respects ... The State continues to exercise the judicial authority, the sanctioning power, and coercion vis-a-vis those in their territory." [21]

The return of the nation-state shows its relevance in its essential aspects. Its territory, community, power of coercion and jurisdiction, and the preservation of natural resources and ecosystems services. Cohen aspires to a logic of articulation between the new sovereignty in action and the growing influence of global politics. The encounter between independence and global discipline calls for compatibility between sovereign equality between states and the common principles and standards, basically informal or

AMBIENTEDIRITTO	
VIMPITIALEDIKILLO	

informal, of the worldwide fact; but in the direction of the global norm's constitutionalization. [22]

The State cannot renounce the protection of its bases in matters of work, markets, finances, taxation, which may threaten its local and democratic practices. The BEPS was born for the protection of national tax bases. Globalization cannot leave the State unarmed over its power, government, and governance or refusing its difference in needs, social, cultural and political preferences, economics, which have to do with their identity.

"We need to accept the right of individual countries to safeguard their domestic institutional choices. The recognition of institutional diversity would be meaningless if nations were unable to "protect" domestic institutions - if they did not have the instruments available to shape and maintain their institutions." [23]

India, in a recent document, defines and defends its sovereign right over the digital person, over the data of its citizens and does it in a clear and precise way, as it already did in the introduction of the Equalization Levy.

The data of a country is a collective resource, a national asset that the government manages in the confidence of its citizens. The best analogy is that of the mine as a natural resource or the spectrum.

"India and its citizens have a sovereign right to their data. This understanding flows from the acknowledgment that data about an Indian is his / her own. Data can, therefore, best be likened to a societal commons'. National data of various forms is a national resource that should be equitably accessed by all Indians. The same way that non-Indians do not have access to the national resources on the same jogging as Indians, non-Indians do not have equal rights to access Indian data. Thus, the e-commerce policy is about how best to exploit this national resource". [24]

The freedom of the citizen in his community is a public good that needs protection from the threat of third parties that endanger it. The public good is a duty of the government, and citizens are, in this sense, the custodian's leading destination because there is no other natural resource that is more a national resource than the commons' social community.

5. The specific location rent of the users.

The rent derived from the exploitation of personal data is a natural resource of the people that inhabit the Nation-State. Its protection is proper to the jurisdiction where its source is. It is a concrete action of the right of each State to protect its taxable base.

It is a rent that comes from data mining, never better expressed, under the governance and economic power of digital global value chains. The free accumulation, repository, treatment, and manufacture of informational commodities of the raw material is an underlying condition of monopoly.

Cui identifies the creation of value by the user to individualize the specific location of the surplus-value of the producer. Where the user is is the place where the State can capture the rents of specific locations created by the digital platforms in their territory.

The taxpayers are the digital platforms that generate market power through their network effects, two or more sided business models, irrelevant marginal cost, and

AMBIENTEDIRITTO	
THIRDILLITEDIRGITO	

geographic mobility in the location of the performance of the service and the recognition of the benefit.

"The idea is to allow the country where the rent is located to tax the rent. Research on the industrial organization of digital platforms has revealed a rich variety of ways to earn supranormal profits.".[25]

The digital rent is a specific location rent that originates in the countries where the user resides. It is a rent similar to those who derive from natural resources with defined locations. To the extent that the user allows to obtain benefits to the platform for the use of data, it is easy to deduce that the taxation rights derived correspond in part to the users' location.

"The" mining "of data could be directly analogized to the mining of natural resources." [26]

The user creates the value of the digital service in the territory where he is. From its location comes the income and surplus-value of the global digital chain. Data is a natural resource located and under the jurisdiction of the Nation-State.

"In the context of services provided by digital platforms, the applicable concept we advocate is the Ricardian definition of rent." [27]

Ricardian income defines the rent from the user to the platform: the amount earned by a production factor or a resource more than the sum necessary for the resource provision. What for Hobson and Griziotti constituted excess profits, unearned income of a monopolistic nature.

For D. Ricardo, the economic rent was a transfer of profit to the agricultural owners simply because they had a monopoly on scarce resources such as land. The rent was the farmer's payment to the owner, a consequence of the unequal distribution of land ownership.

"The classical economists (such as Ricardo) argued that economic rent accrues based on unequal ownership/access or control over an existing scarce resource (eg.lands).[28]

Ricardian income was an unearned income, a transfer from the productive to the unproductive sector, which does not serve reproduction. Instead, it is parasitism of the economic system. And its breadth includes not only land, but also extractive natural resources - mining, hydrocarbons, minerals, food - and, likewise, the data freely owned in the digital economy.

"This leads to a natural justification of the taxation of such rent and the jurisdiction where the users are located. If the right to tax is the sovereign right of the State over its residents, in exchange for the provision of protection and access to public goods and institutions, then the State is within its rights to tax the rent appropriated by a (non-resident) platform whenever that State's resident individuals create the value of this rent." [29]

The tax compliance concerns the advantages that the taxpayer procures for his allegiance to the community through the public goods that he uses or enjoys. The allegiance allows him to live and act in a territory: a place of residence or as a place where it carries out taxable events - income, consumption, transmissions -.

The factors were pointed out by B.Griziotti.[30]

- The general advantages derived from belonging to a political, economic, and social group.
- The particular advantages derived from social activity.
- The ability to pay of the individual to contribute to the collective life for the public goods offered.

The relationship between the taxpayer and the tax authority in a given territory is a function of their political, social, and economic allegiance to a State, which taxes

AMBIENTEDIRITTO	

economic results based on the ability to pay for the advantages that "collective economic life" means.[31]

The location of users is a manifestation of the ability to pay in the State-Nation where they are. The creation of digital value by the user configures a right of State taxation on the income or rents extracted by non-resident digital platforms.

The income derived from the user's data collection (data-input) is the basic model for the opportunity of great benefits above what can be considered normal return (excess profits). Manufacturing in the predictive product, informational commodity, leads to behavioral surplus.

F. Maffezzoni maintains that it is not the territoriality of a fact that confers the qualification of the ability to pay indicator. On the contrary, it is the ability to pay that gives territoriality.[32]

The ability to pay off the user grants its territoriality, a form of rent of a specific location.

"After all, the data is about users in particular locations." [33]

The State's tax power can be deployed in its territory because there is an income borne for the user's specific location, member of his community.

".. and after analyzing the role and contribution made by the users by way of data, content creation and the networking benefits, consider that users are a significant indicator of both nexus and creation of value in the jurisdiction of the source. In the view of the Committee, the presence of users of a digital or telecommunication network in a multi-dimensional business model means value creation and economic participation in that tax jurisdiction and should give rise to the threshold nexus for taxing that enterprise in that jurisdiction, particularly, when such user contribution is relied upon for earning income from that jurisdiction."[34]

Data extraction is an ideal natural resource rent for establishing a tax that captures the "pure benefit" without costs. The rent from natural resources are royalties that belong to the State, fiduciary owner of the data. They are justified taxes designed to capture the rent resource, such as the extraction of oil or gas.

The data belongs to the people; the Administration is fiduciary, not the real owner, of the personal data, predisposed for its defense as custodian of public good for the benefit of the community. Its protection and fiscal protection passes through the royalties or taxes on digital income on the natural resource nature of the user's activities in the territory.

The royalty is a fixed payment on the full income for the use of a natural resource. It is a pure public income characterized, besides, because it prevents the displacement of benefits. The type of tax ranges in the treaties to avoid double taxation and start from 5% to 20%.

The Digital Services Tax in the European model or the Equalization Levy of India is an analogous tax to the royalty.

The Digital Services Tax, following Wei Cui, is interpreted as a tax on specific localized rents as a royalty on the extraction of natural resources; economic rents obtained by digital platforms in particular locations.

"Taxes on LSR possess two highly desirable features. First, they generate tax revenue with minimal distortions to business decisions. Second, rent that can be attributed to specific locations permits a natural allocation of taxing rights: the jurisdictions in which the rent is located can reasonably claim primary taxing rights, and this, in turn, implies natural solutions to coordination problems in mitigating the risk of excessive taxation." [35]

AMBIENTEDIRITTO	

The substantial digital rent derives from the users in the countries where the platforms operate internationally.

User data has significant economic value and is similar to natural resources with defined locations. There is a mistake by the authors when they limit their importance by granting more rent to that derived from advertising or the intermediation of consumer transactions. The source of the digital economy is data (personal and non-personal), and only in this way can the likeness with the natural resource be understood.

Digital income is in the expression of Bankman, Kane, and Sykes, a real economic rent based on the market power of their agents, the absence of rival competition, and little less than absolute governance of the platform from which they operate. Ricardian rent comes from free raw materials and the exogenous income derived from location savings in third countries, from access to people with sufficient education, or infrastructure and telecommunications that they take advantage of at zero cost, due to tax immunity.[36]

The gross income is a reasonable measure since it affects close to a profit tax. Cui and Shaviro agree that digital platforms have low or even marginal operating costs in the jurisdiction.[37]

The adaptation of the royalty to the figure of the gross income tax of digital platforms can go beyond the fixed rate of tax. Nothing prevents the progressive rate of tax based on the economic and market dimensions of large platforms.

The starting point is precise; the so-called price-based royalty can be applicable to tax extractive industries. A tax that increases according to the increase in profits or prices. The idea is that the royalty based on gross income varies with changes in product prices.

"A price-based royalty captures some of the desirable attributes of an income or resource rent tax, but in comparison to such taxes, it is easier to administer since revenues are much less sensitive to transfer price manipulation and tax avoidance efforts." [38]

In the same direction of progressive royalty, an analog opportunity to progressively tax digital rent from a gross rent will be consistent with the European model of Digital Services Tax.

The digital tax, on the natural resource of people's data, of the digital person, must respect a critical point: the contribution to public spending must be compensated or reimbursed as a social dividend to the real owners of the natural resource: the citizens of the community.

The taxation of surveillance capitalism, in charge of the State, should nourish the social dividend to each citizen of the community, which leads to the creation of an earmarked Civic Fund that allows the return of the income collected to the citizens who created the digital value.

This payment is a dividend based, on the one hand, on the fact that everyone owns a part of the natural and shared resources, enabled to access a portion of the benefits obtained and, on the other, that without their co-creation, the value algorithm would not go beyond a mathematical approximation.(39)

The extraction of data is equivalent to the extraction of value from personal data, digitization for the development of predictive products. Exactly, as a common natural resource, in the same category as oil or mining. G. Franzoni compares the material presence of a permanent establishment in the extraction of natural resources with the immaterial extraction of data, data mining.

AMBIENTEDIRITTO	

The acquisition of data, such as oil, or metals for the extractive industries, is the main raw material of value that "has as its source the members of the communities residing in each State, which are its" mine ".[40]

6. The digital tax is not discriminatory.

Is the progressivity of a tax on turnover or sales figure justifiable from the ability to pay principle?

Advocate General Kokott's Opinion in the European Court of Justice sustains the premise that profit-based taxation is not the only way compatible with the principle of ability to pay; this also includes turnover tax. (41)

First, because high profits are not possible without a high turnover and second since the benefit derived from an additional turnover (marginal benefit) increases with the decrease in fixed costs per unit. Turnover is not an irrational consideration as a reflection of the size or market position, and potential benefits of the company, indicators of ability to pay susceptible to progressive taxation.

It is wrong to conceive as discriminatory the different treatment in tax difference between taxpayers based on their ability to pay.

Nor is there a direct relationship between the government of difference and unequal treatment between taxpayers' size. Discrimination depends on the duty of constitutional contribution to the public expenditure of each Member State. The taxpayers under the application of the principle of ability to pay should be subject to different treatments if they are different. With so, neither freedom of establishment nor State aid is violated.

The dividing line between the government of the difference and the government difference between the impartial, congruent, proportional difference, and the capricious or covert arbitrary distinction lies in the purpose and discriminatory effect that affects the competitive conditions. The end and aim is none other than the purpose and effect of protecting the local tax base.

Intentional discrimination must be legally relevant, and not a mere correlation of coincidences, which requires that its primary purpose was to create disadvantages for foreign companies and supported by the Member State as long as there are no other objective reasons that justify it.

The intention is in the form that configures the measure, and the purpose is never identifiable with the legislator's subjective intent. The discriminatory purpose cannot be detached from the legislator's mind or its intimate objective, but from the objective ratio revealed by the measure [42]. The primary purpose is, obviously, objective. The State's support is in the configuration, architecture, text, and context of the adopted provision, and the motivation comes from the approved norms. The discriminatory purpose does not fit if it is not inferred from the structure, design, visible architecture of the measures. Of course, taxing with distinction the different ability to pay does not constitute an assumption of competitive discrimination.

There is no distortion of competition if the tax is paid for an identical turnover "If a higher tax is payable for higher turnover, the same 'unequal treatment' exists as to where higher tax is payable for higher profit" (par.168) [43]

Turnover is an indicator of ability to pay. Net profit is not the only valid indicator of taxable capacity and financial capacity. The ability to pay is a principle recognized by

AMBIENTEDIRITTO	

European jurisprudence at least regarding the consistency of the tax system in conjunction with the Welfare State (art.3 (3) TEU).

"It would not, therefore, appear unreasonable to regard turnover as a reflection of an undertaking's size or market position and .potential profits, also as a reflection of its financial capacity and to tax it on that basis."....

Consequently, the general presumption made by the Hungarian legislature that, as a rule, larger (higher-turnover) undertakings also have more financial capacity than smaller companies (see also the preamble to the Law on the special tax) is in any case not manifestly incorrect. The (private) banking sector also differentiates in lending operations according to the volume of turnover of the borrower. Even the planned EU digital services tax appears to be based on this presumption if only undertakings from a certain turnover limit are to be taxed (regardless of whether they actually generate profits). Therefore, turnover is perhaps not an ideal indicator, but neither is it an irrelevant indicator of financial capacity. (Par. 101,102).

Turnover taxation prevents the use of aggressive tax planning for base erosion and profit shifting better than that applied to profits, citing one of the Commission's reasons (44) for the introduction of the European Tax on Digital Services, ensuring that the opportunity for circumvention and evasion lies with large companies. (Opinion, par.103)

The Advocate General also refers to the projected digital services tax within the European Union. It would not be an abuse of law to apply to a progressive tax on the sales figure of large digital platforms to ensure fair taxation for small operating companies only within the European Union.

It not only supports the proposal for taxation of digital services but also tends to progressive tax rates, not contemplated in the European project.

"This is also consistent with the approach taken by the Commission in the planned EU-wide digital services tax. The Commission is also attempting to obtain a greater contribution to public costs from multinational undertakings (in that case, primarily from certain non-member countries) if they generate profits within the EU, without being subject to income tax. If the Commission considers a turnover-based progressive tax for certain undertakings to be necessary to ensure fair taxation between larger, globally operating undertakings and smaller undertakings operating (only) throughout Europe, a comparable national tax which seeks to obtain a greater contribution to the public burden from larger undertakings than from smaller undertakings can hardly, in principle, constitute an abuse of rights." (Opinion par.96)

And she insists again:

Accordingly, as the Commission itself shows with the proposal for a digital services tax, turnover can also be seen as a (slightly rougher) indicator of greater economic power, and thus greater financial capacity. (Opinion par. 169)

The judgment of the European Union Court of Justice draws a conclusion coinciding with the Opinion of Advocate General Kokott:

"Progressive taxation can be based on turnover, since, on the one hand, the amount of the latter constitutes a neutral criterion of distinction and, on the other, it is a pertinent indicator of the taxable capacity of taxpayers. It follows that, by applying a markedly progressive scale based on turnover, said Law intended to tax taxable persons with a tax capacity "greater than the general tax obligation".(43)

It is not contrary to Community law for a Member State that: "Establishes a markedly progressive tax on the volume of business whose effective burden falls mainly on companies

AMBIENTEDIRITTO	

controlled directly or indirectly by nationals of other Member States or by companies that have their registered office in another Member State because these companies carry out the largest business volumes in the market in question."

The taxpayer's configuration based on size or economic dimension does not constitute disguised national discrimination. It is easily verified that objective discrimination is concerning minor operators and by the principles that guide the national tax system. It is an application of the fiscal protective protection to the tax base of the country.

The fiscal protection of the internal market is part of the functioning of the European Single Market.

Accordingly, the difference of the similar service is not equivalent to that of its provider, in this case, digital platforms, which, as such, may be subject to different treatment, e.g., tax protection measures. Similar service providers located in various jurisdictions of that of the Member State may be legitimately treated differently. Similarity cannot be established for the service without weighing the provider's qualities.

In short, the European Union Court of Justice rejects the conservative ideology that it claims to see in digital tax assumptions of discrimination by nationality. The bottom line of its reasoning, sponsored by the Advocate General's Opinion, is that there is no discrimination when it confronts diversity of treatment by the difference between the taxpayer's ability to pay and the State reacts in the protection of its tax base. [44]

7. Language as a sufficient territorial connection The virtual nexus.

Google Ireland's activity in Hungary is subject to the Advertising Tax, whatever its place of residence. The taxable event includes digital advertising if the advertisement or the website on which it appears is mainly in the Hungarian language.

The nature of the Advertising Tax is that of a direct income tax.

"From this perspective, the rating of the consumption tax advertising tax based on turnover is not convincing. On the contrary, as conceived, the Hungarian advertising tax is applied directly to service providers. It intends to tax the financial capacity of these companies, and not that of their clients, as evidence, in particular, the fact that clients can fulfill their tax obligation with simple information about the company that performs the advertising, following article 2, section 1, letter b) of the Advertising Tax Law. Therefore, due to its characteristics, the special tax for advertising companies resembles a special direct tax on income whose tax base, instead of profit, is "simply" the income obtained during a certain period. Thus, it has the character of a direct income tax ... "[45]

Hungary's tax authority cannot be discussed as long as a reasonable connection for the tax application can be justified. The link is not only through physical or material presence but also through personal ties that make the collective person located in a space determined.

Language is a sufficient territorial connection. Advertising is directed at people residing in Hungarian territory, users of the Magyar language.

"Therefore, Google generates income with" help "from the population of Hungary population, which is not taxed in that country. Without the invention of the Internet, probably most of this income could only be obtained through an establishment located on Hungarian territory, and Hungary could have simply received the corresponding income tax. Is this competition to be lost

AMBIENTEDIRITTO	

solely because technical progress creates new possibilities of earning income without being present in the Member State concerned?" [46]

The absence of physical or material presence, of a permanent establishment, does not prevent the digital platform from obtaining income with the help of users in Hungary, without this having to suppose that the State loses its competence to collect the respective income tax.

The use of the official language is a sufficiently reasonable territorial connection because it allows obtaining digital income through the Internet.

"No one can dispute that language constitutes an essential element of the nation's identity and, therefore, has a close relationship with a State and its territory ... This implies that the use of the Hungarian language may indicate an orientation of Google's activity to the Hungarian territory." [47]

User participation is a natural resource of the Nation-State. Its official language, personal data of singular relevance, can be configured as an identity element of a nation in close relationship with the territory and organization of the State. Part of Google success arises on the fact that Hungarian nationals usually use Hungarian Internet advertising. The language is the permanent virtual establishment that legitimizes the subjection to the Advertising Tax. Google must register as a taxpayer.

The Opinion of the Advocate General is precious because it contributes to ratify the conviction that the digital person is part of the natural resources of each Nation-State. That language is constitutive of the location of personal data for its capture, accumulation, and treatment, liable to be taxed as an indication of the ability to pay off a direct income tax.

The language inspires a renewed approach to the virtual nexus, which, until now, was not taken into consideration. The economics of language is a new discipline, of multidisciplinary nature that supports some language assumptions that serve as a specific reference.

Language is like technology or a social communication tool; it is a public good. Its use does not exclude anyone, and the use of many does not exhaust that of others. Language is an instrument that is advantageous to all, and none can be excluded from its benefit, of indivisible nature, of plural or collective enjoyment. Language, as a public good, prevents its appropriation by any economic agent for its use.

Language is a natural resource of a community that keeps its participants integrated into its values, moral standards of behavior, and social networks. It is essential for individual emotions and feelings that become social.

"Through language, therefore, more than ideas are communicated: emotions, values, ways of life, and shared references are also transferred." [48]

The language sometimes is called social capital to highlight its adjectives of cooperation and mutual community trust. However, the definition of social capital is not adequate. The language is, first, of each individual in his relationship with the others.

It is a natural resource of the person in a society whose origin and membership are strict of the person as such and imposed on the relationship and interconnection with other people in identical circumstances, a natural resource such as a site or a river. The economy of the language is close to that of extractive resources.

"... No iron or bauxite is produced:what is done is to "extract" iron or bauxite from the corresponding mines: a necessary condition for the subsequent productive use of those minerals. "[49]

AMBIENTEDIRITTO	

Indeed, J.Alonso is right: language is a renewable mine, like people, whose extraction is essential for its subsequent economic use, with the particularity that its use-value is free, at zero cost to the extent that its consumption expands.

Language is a detachment from the need for common coexistence and the coexistence of the common needs of people in society. It is a natural resource and a public good capable of being safeguarded by the public powers against the pretense of its weakening, postponement, or extinction by third parties outside the community. The public good of the language is a sign of collective identity.

The language of each one in common is a natural resource that identifies an element of collective identity. Language is an intangible who speaks of the whole, of shared knowledge, of communication, and the bond of society with third parties or other societies.

"One of the identifying elements of this group, perhaps one of the most visible, is language, which then operates as a factor of link and recognition of this set of identity elements." [51]

Finally, language is the carrier of network externalities like digital networks, by which its potential value is critically linked to the number of those who practice it or the multiplication of current users' benefits.

"The presence of network externalities gives the language (equivalent, in this case, a communication software) the character of a" super-collective "asset; that is, the more individuals participate in the consumption of the good, the greater its value." [52]

Language is a "metaphorical network" that provides interrelationships in which there is no physical connection and stands out because it cannot be the object of private appropriation". [53]

The use of language communication technology by the activity of digital platforms in different countries is key to their access to the market for their purposes, on the one hand, to expand their network effect and, on the other, to obtain a differential (Ricardian) rent.

The extensive use of local languages is a decisive instrument for capturing the natural resource's digital income that we call language. No market can be accessed without the use of the communication capacity offered by the language. Or, also, without the language, no economic transactions are possible. From this, it is easy to understand the cause of language as a virtual connection. [54]

The Court of Justice of the European Union broadly agrees with the Opinion of the Advocate General or, at least, does not motivate her difference or confront her Opinion on language. In the judgment, it agrees to point out as contrary to article 56 TFEU the system of fines established by the volume and speed of its accumulation in case of noncompliance with the duty to inform the Advertising Tax. The time required for compliance is considered disproportionate. The complete set of fines on foreign service providers was rated discriminatory and unjustified compared to the similar obligation of domestic service providers.

The citizens of a society are social beings in a particular identifiable and irreplaceable spatial and political framework, which is why people carry out their communication and connection activities through language. It is one language and not another that gives value to coexistence, and this exclusivity does not have a reductionist or discriminatory character, but of belonging, of place. The context of language is the text of localization. Text is a natural resource, subject to common uses, education, of the cultural, social, and economic promotion of the talking subjects. Its commercial exploitation offers disproportionate benefits to digital platforms and, still, possibilities

AMBIENTEDIRITTO	

of impoverishment at the favorable language levels of society. The conservation and continuity of the language are part of the community's primary natural resources.

It is not mistaken who, evaluating the Kokott Conclusions and the sentence, maintains that it is an expansion of the doctrine of a permanent establishment, starting from the territorial link between a nation and its language (rectius: between a nation and its community in a given territory).

"If Italy were to enact an identical Google tax, without the overbearing penalties, would it pass muster? What about Germany or Spain? We can only speculate about the outer limits of language-as-nexus, but it seems those boundaries are there" [55]

Hungary obtained the virtual nexus from the language, from the most intimate personal data of the digital person. Nothing prevents the other Member States of the European Union from trying the same as Hungary through digital income taxes, which are obtained from the economic usability of the local market.

8. Conclusions.

The private appropriation of common knowledge is the form of digital economic rent, and the raw material is the collective, general knowledge of everyone. Personal data is the first step of the collective knowledge of everyone. The personal data collected evolve by the algorithm in production and manufacturing to a kind of artificial knowledge aimed at obtaining excess profits or pure information for other purposes, such as security, control, surveillance.

We are the data. Oil, corn, or wheat, or any other natural resource, is on the surface, and only its free extraction is needed. It is algorithmic data mining, for the appropriation of the public domain and commercialization as predictive products, under the protection of private possession. The raw material is the digital person, the personal data collected for its algorithmic treatment. The digital person is the raw material of the digital natural resource in each of the countries where real people operate. The natural resource of the digital person has an economic value as informational merchandise marketable. It is a fictitious merchandise. The identity of people is, at the same time, the identity of the community and the identity of the nation-state. The appropriation and capture of the digital person is a disaggregation of the community and the nation-state. Natural resources belong to each State's fiduciary sovereignty, precisely like the raw materials within its territory. The rent derived from the exploitation of personal data is a natural resource of the people that inhabit the Nation-State. The use of a user's language has public value.

The digital rent is a specific location rent that originates in the countries where the user resides. It is a rent similar to natural resources with defined locations. To the extent that the user allows to obtain benefits to the platform for the use of data, it is easy to deduce that the benefits derived belongs in part to the States users' location. The location of users is a manifestation of the ability to pay in the State-Nation where they are. The creation of digital value by the user configures a right of State taxation on the rent extracted by non-resident digital platforms. The data belongs to the people; the Administration is fiduciary, not real owner, of the personal data, for its defense as fiduciary of public good for the community's benefit. Its protection and tax protection passes through royalties or taxes on digital rent in the territory. Nothing prevents the

AMBIENTEDIRITTO	

progressive rate of charge based on the economic and market dimensions of large platforms.

The language of each one in common is a natural resource that identifies an element of collective identity. The language is an intangible who speaks of the whole, of shared knowledge, of communication, and the bond of society with third parties or other communities.

Hungary obtained the virtual nexus from the language, from the most intimate personal data of the digital person. Nothing prevents the other Member States of the European Union from trying the same as Hungary through digital income taxes, which are obtained from the economic usability of the local market.

References.

- [1] T. Morris-Suzuki, Beyond Computopia. Information, Automation, and Democracy in Japan, Kegan Paul International, 1988, reissued in 2011 Routledge Abingdon Oxfordshire.
- [2] T. Morris-Suzuki, cit. p. 80.
- [3] T. Morris-Suzuki, cit. p. 81.
- [4] KDHaggerty, RVEricson, The surveillant assemblage, British journal of sociology, V.51.4, December, 2000, p. 616
- [5] JECohen, The Biopolitical Public Domain: The Legal Construction of the Surveillance Economy, Philosophy & Technology, 2017, p.12.
- [6] S.Rodotà, Perchè Internet ha bisogno di nuove regole, La Reppubblica, 27 novembre 2014.
- [7]. G. Bridge, Global Production Networks and the extractive sector: governing resource-based development, Journal of Economic Geography 8,2008.
- [8] JECohen cit., p.14
- [9] KDHaggerty, RVEricson, The surveillant assemblage ,British Journal of Sociology,Vol.51,4,December 2000.
- [10] S.Rodotà, Vivere la Democrazia, 2018, Laterza, Italia, p.27,136.
- [11] Jh.Cheney-Lippold, We are Data, 2017, New York University Press, p.58.
- [12] World Trade Report 2010, p.45, World Trade Organization.
- [13] A.J. Cockfield, Designing tax policy for the digital biosphere: How the Internet is changing tax laws, 34 Connecticut Law review, 2002
- [14] Draft National E-commerce Policy.Indias Data for India Development.23 2 2019, p.8. Department for Promotion of Industry and Internal Trade .
- [15] K. Polanyi, La grande transformazione, Einaudi, Italia, 2010, p.93.
- [16] Jh. Cheney-Lippold, cit.p.30
- 17] A common framework of natural capital assets for use in public and private sector decision making, Katie Leach, Annelisa Grigg, Brian O'Connor, Claire Brown, James Vause, Jonathan Gheyssens, Lauren Weatherdon, Martin Halle, Neil D. Burgess, Ruth Fletcher, Sebastian Bekker, Steven King, Matt Jones, Ecosystems Services 36,2019
- [18] IPBES, The Report of the Global Assessment on Biological Diversity and Ecosystem Services, Bonn, 2019.
- [19] IPBES, cit.Glossary.
- [20] IPBES, cit.Glossary.
- [21] J. L.Cohen, Changing paradigms of citizenship and the exclusiveness of the Demos, International Sociology, 14, n.3,1999, p.257
- [22] Jean L. Cohen, Whose Sovereignty?. Empire versus international law, Ethics and International Affairs 18.3, 2004, p.24).
- [23] D.Rodrik, Who Needs The Nation-State, V.89 1,2013, Economic Geography.
- [24] Draft National E-commerce Policy.Indias Data for Indias Development. 23 2 2019, p.15. Department for Promotion of Industry and Internal Trade.

AMBIENTEDIRITTO	

- [25] Wei Cui, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense, University of British Columbia, April 22, 2019. Tax Law Review, Forthcoming.SSRN: https://ssrn.com/abstract=3273641; Wei Cui, The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, Canadian Tax Journal, 67: 4,2019.
- [26] Wei Cui, Nigar Hashimzade The Digital Services Tax as a Tax on Location –Specific Rent, January 23, 2019 ssrn . c om / abstract = 3 321393.
- [27] Wei Cui, Nigar Hashimzade, cit.p.11.
- [28] R.Kaplinsky, M.Morris, A Handbook for Value Chain Research, January 2001.
- [29] Cui-Ĥashimzade, cit.p.12.
- [30] B.Griziotti, Principles of Finance Policy, Law and Science, Madrid, 1931, p.107.
- [31] M.Pugliese, L'imposizione delle imprese di carattere internazionale, Padova, 1931, p.41.
- [32] F. Maffezzoni, The taxpayer's ability to pay, Torino, 1970, p.22
- [33] Wei Cui, The Digital Services Tax: A Conceptual Defense, April 22, 2019. Tax Law Review, Forthcoming.SSRN: https://ssrn.com/abstract=3273641
- [34] India, Committee on Taxation of E-Commerce, Proposal for Equalization Levy on Specified Transactions, February 2016, p.54.
- [35] Wei Cui, The Digital Services Tax on the Verge of Implementation, Canadian Tax Journal, 2019,67.4, p.1137.
- [36] J.Bankman, McKane, A.Sykes, Collecting the Rent: The Global Battle to Capture MNE Profits, Law & Economics Research Paper Series Working Paper NO 18-38, November 2018.
- [37] D.Shaviro, Digital Services Taxes and the Broader Shift From Determining the Source of Income to Taxing Location-Specific Rents, September 3, 2019,
- [38] KAClausing, MCDurst, A Price-Based Royalty Tax? .Ssrn.com / abstract = 2732797.
- [39]T. Rosembuj, Taxation and Capitalism of Surveillance, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, LXXIII, 2, I, 2019.
- [40]G.Fransoni, The proposal is based on a web tax based on the client's number: stabile organizzazione virtuale o reale?, rivista di Diritto Tributario, September 21, 2017.
- [41] Judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) of March 3, 2020. Tesco-Global Áruházak Zrt. Case C-323/18. Opinion of Advocate General Kokott delivered on June 13, 2019, Case C-75/18, Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt. v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága, ECLI: EU: C: 2019: 492, para. 84.
- [42] Opinion of Advocate General Kokott of July 4, 2019 25 (Case C-323/18 Tesco-Global Áruházak Zrt.Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága)
- [43] Judgment cit., Par. 70 71.
- [44] R. Mason, L. Parada, The Legality of Digital Taxes in Europe, University of Virginia School of Law, April 2020, Virginia Tax Review, 2020, forthcoming.
- [45] Conclusions, Advocate General J.Kokott, 12 September 2019, Google Ireland L. v. Nemzeti Adò-és Vàmhivatal Kiemelt Adó-és Vámigazgatòsàga., pair 33
- [46] Ibid Par.49
- [47] Ibidem, Par.50, 51
- [48] JCJimenez, The Economics of Language: An Overview, Universidad de Alcala, 2006, Complutense Institute for International Studies, Telefonica Foundation.
- [49] J.Alonso, Economic nature of the language, 2006, Complutense Institute of International Studies, Telephone Foundation, p.5
- [50] J. Alonso, cit .p.6,7. Language is a renewable natural resource inexhaustible for its use.
- [51] J.Alonso, cit., p.20.
- [52] JCJimenez, cit., p.11.
- [53] SJLiebowitz, St.E. Margolis, Network Externality: An Uncommon Tragedy, Journal of Economic Perspectives, Vol. 8,2,1994, p.136.
- [54] J.Alonso, cit .. "... without transactions there is no economic life; and without the communication capacity provided by a language, whatever it may be, transactions would be impossible.", p.4.
- [55] R.Goulder, Language as Nexus: The Shape of Future Google Taxes, Tax Notes Int., 6/1/2020; R.Finley, Language Can Create Nexus for Hungary's Advertising Tax, AG Says, Tax Notes Int., September 16,2019.

AMBIENTEDIRITTO

L'AMBIENTE "BENE" DA TUTELARE.

Raffaele Cerrato

Abstract (it): Scopo del presente lavoro è fornire una esaustiva e spero soddisfacente analisi sull'evoluzione della parola ambiente, quale bene salvaguardato e tutelato sia a livello nazionale che sovranazionale.

Abstract (en): The aim of this work is to provide a comprehensive and hopefully satisfactory analysis of the evolution of the word environment, as well safeguarded and protected both at national and supranational level.

SOMMARIO: Premessa - **1.** La Tutela Ambientale - **2.** Tutela ambientale: procedimenti amministrativi - **3.** Tutela ripristinatoria e risarcitoria - **4.** Pretesa di un provvedimento favorevole, sanzionatorio, di tutela e di pianificazione - **5.** La posizione sostanziale dell'interesse legittimo - **6.** Il diritto soggettivo - **7.** Interessi superindividuali.

AMBIENTEDIRITTO	

Premessa.

L'ambiente può essere considerato come bene in sé, non manipolabile soggettivamente e storicamente in termini relativistici. Cosicché proprio perché "bene", non suscettibile ad apporti di variazioni di giudizio, esso è soggetto a tutela giuridica.

Ambiente è il contesto nel quale l'uomo, insieme ad altri viventi sono calati ed entrano in reciproca relazione. Esso, quindi, consta di una miriade di elementi che determinano più o meno direttamente le vicende umane. Per ambiente si intende sia ciò che è fisico (terra, mare, foreste, corsi d'acqua) sia ciò che è artificiale, costruito dall'opera umana (strade, case, ponti, industrie, etc.). Questi sono beni perché, nel loro insieme, costituiscono necessità sostanziali per la vita, per la sua conservazione e per la sua qualità. Tali beni, inoltre, possono essere considerati di uso collettivo e/o di uso privato nel momento in cui la loro amministrazione rientra nella giurisdizione di enti pubblici o dei privati cittadini.

A partire dagli anni settanta del secolo scorso come per il diritto dell'informatica, delle telecomunicazioni, delle biotecnologie, della riproduzione si formano norme e strumenti giuridici così anche per il diritto dell'ambiente. I cosiddetti "diritti nuovi" hanno l'obiettivo di costruire un sistema giuridico che possa offrire una comprensione globale dei fenomeni studiati e della realtà.

Con l'evoluzione dei Paesi occidentali verso politiche democratiche, si è andata sempre più affermando la tendenza alla privatizzazione con un conseguente ridimensionamento della sfera del potere pubblico e dei beni cosiddetti demaniali. Occorre, pertanto, rilevare il rapporto giuridico che il cittadino, come soggetto, ha nei confronti dell'ambiente in cui vive: interessarsi all'ambiente significa "averne cura", significa adoperarsi affinché esso risulti sano e salubre e ottimo per lo sviluppo idoneo della persona, sia in termini di crescita soggettiva che collettiva.

1. La Tutela Ambientale.

Quando si parla di ambiente occorre superare visioni troppo semplicistiche e vagamente generalizzanti e considerarlo, invece, come un qualcosa di estremamente complesso e variegato entro il quale l'uomo vive, opera ed entra in fitto interscambio con gli altri simili. Tutelare l'ambiente significa tutelare l'uomo. In quanto soggetto interattivo col proprio spazio vitale, all'uomo spettano forti responsabilità, in tema di cura e di tutela, non solo sul piano individuale, ma anche su quello sociale, economico, politico. Il problema così rientra in un'etica della formazione culturale dell'individuo e della collettività che si riversa poi nel contesto dello stesso ordinamento giuridico.

La tutela dell'ambiente, pertanto, necessita di norme giuridiche che sono arrivate a compimento dopo un processo molto lento iniziato, probabilmente, non negli anni settanta, ma appena l'uomo ha dato priorità ai suoi interessi economici distruggendo mano mano, poco alla volta la natura, l'ambiente e tutto ciò che la circonda. Prevede necessariamente un coinvolgimento ad opera non solo del privato cittadino, ma anche della pubblica amministrazione. Tale impegno non è volto solamente alla difesa ambientale, ma anche alla sua valorizzazione, cosicché il "bene ambiente" non va a costituire solo uno strumento per perseguire un fine (il bene dell'uomo) ma è valore, quindi, un valore esso stesso.

La legislazione ambientale, iniziata con piccoli provvedimenti come la proibizione di bombolette spray a base di freon per ridurre il buco nella fascia di ozono che protegge la

AMBIENTEDIRITTO	

Terra dalle radiazioni ultraviolette, la riduzione delle biodiversità per evitare l'estinzione di molte specie di esseri viventi, si è manifestata per lo più come una legislazione "difensiva" il cui obiettivo è di contenere gli attacchi contro la natura e, semmai, regolarizzarli.

Naturalmente il discorso sulla tutela ambientale non può esonerare dalle possibilità economico-finanziarie che, in termini di costi, incidono sui sistemi governativi ed amministrativi, costi che ogni pubblico potere percepisce come condizionanti le scelte e le singole progettualità.

Difendere l'ambiente vuol dire difenderlo da manipolazioni e distorsioni che possono incidere negativamente sui viventi che lo abitano. In tale contesto il soggetto umano si riconosce non solo come portatore di diritti (ad esempio salute e benessere), ma anche attore di doveri (rispetto, tutela, difesa, cura); egli non solo reclama accorgimenti verso la salvaguardia del suo ambiente e della propria salute, ma è anche soggetto attivo, coinvolto ed impegnato a prendere in cura e tutelare. Tale duplice posizione pone il soggetto nella condizione sia di avanzare proteste sia di avanzare nei confronti di quelle pubbliche amministrazioni che provvedimenti ritenuti dannosi pretendendone, invece, l'adozione di iniziative legislative favorevoli e funzionali alla crescita di un contesto idoneo al suo benessere. Forse in materia ambientale potrebbe rendere benissimo l'espressione del filosofo francese Bernardo di Chartres, che definisce il diritto dell'ambiente come "un nano sulle spalle di giganti"¹ non certo per l'altezza del suo corpo quanto per le varie discipline che lo sorreggono. A livello comunitario proprio per questo motivo sono state avanzate due critiche, la sovrabbondanza e la mutevolezza, tanto che il giurista statunitense Josef Sax osserva la difficoltà dell'approccio sistematico ed organico di insegnare e di apprendere il diritto dell'ambiente.

La sovrabbondanza e la mutevolezza sono complementari e l'una non esclude l'altra considerato che la legislazione ambientale deve adeguarsi a incessanti modificazioni del suo oggetto provocate dall'incedere vorticoso delle innovazioni tecnologiche, dall'accrescimento di informazioni nelle varie discipline scientifiche che coinvolgono l'ambiente e dal mutare dell'atteggiamento delle istituzioni a livello internazionale o mondiale.

2. Tutela ambientale: procedimenti amministrativi.

La tutela ambientale è prima di tutto una scelta programmatoria in cui sono coinvolti più soggetti (collettivi o sovra individuali) con il compito di conoscere, valutare e pianificare, in termini tecnici, le opere effettuate nel contesto ambiente (si pensi ad esempio alla costruzione di viadotti, dighe, edifici in genere). Naturalmente sulla scelta possono incidere significativamente associazioni di varie tendenze ideologiche che possono costituire ostacoli o agevolazioni alla realizzazione dei singoli progetti. In altri contesti, invece, la valutazione circa la bontà o meno di certi progetti è dettata dall'oggettività del fenomeno in sé (si pensi ad esempio alla creazione di discariche vicini ai centri urbani che recano oggettivo danno alla salute pubblica).

La Commissione mondiale su ambiente e sviluppo, la Commissione Brundtland dal nome dell'ex premier norvegese che l'ha presieduta, rende pubblico l'esito dei suoi

¹ S. NESPOR, Saggio "Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: le origini" pag. 7 e segg.

AMBIENTEDIRITTO	

lavori attraverso la formulazione conclusiva " la povertà produce degrado ambientale e il degrado ambientale produce povertà" significando che povertà e sottosviluppo sono strettamente collegati ma anche che lo sviluppo, creando le condizioni per uscire dalla povertà, evita il degrado ambientale. Con il riferimento ai bisogni delle generazioni future è introdotto in modo ufficiale il principio della sostenibilità e dello sviluppo che raggiunge un rapido consenso codificato venti anni dopo la Conferenza di Stoccolma nella Conferenza su Ambiente e sviluppo, Earth Summit, tenutasi a Rio de Janeiro in Brasile. Il tema fondamentale dei lavori si è incentrato sul modo con cui gli stati mondiali affrontano le conseguenze del cambiamento climatico e la perdita della biodiversità.

Il contenimento del cambiamento climatico è un problema tuttora dibattuto tra i paesi industrializzati e da affrontare per una progressiva risoluzione da tutta la comunità internazionale.

La tutela dell'ambiente, pertanto, è un tema che richiede inevitabilmente un procedimento d'urgenza e una particolare attenzione sul piano procedurale: questo va da una fase di pianificazione ad una di azione consistente nell'adottare provvedimenti attuativi mirati che vanno oltre la sola pianificazione e sono collocati a "pianisovracomunali che di frequente sono anche piani paesistico-territoriali, piani cioè che hanno una rilevanza ambientale".2

Il processo di pianificazione, che può riguardare opere pubbliche e di tutela ambientale, coinvolge più enti pubblici che lavorano e intervengono attraverso valutazioni, pareri e accertamenti di organi tecnici competenti. I giudizi di natura tecnica vengono espressi dal punto di vista della competenza ambientale e sono formulati a livello complesso: si pensi alla "vas" o alla "via", o a livello semplice si pensi agli accertamenti ambientali sostitutivi per opere minori ".3

3. Tutela ripristinatoria e risarcitoria.

La tutela ripristinatoria è quella più significativa per garantire l'integrità del bene da tutelare (ad esempio la salvaguardia di una specie animale dal pericolo di estinzione). Tale tutela può essere conseguita attraverso lo strumento del ricorso giurisdizionale amministrativo di impugnazione. La tutela dell'ambiente è uno di quei beni che richiede inevitabilmente un procedimento d'urgenza, spesso anche al di là di quanto previsto dall'ordinamento. Il Consiglio di Stato ha ammesso, in materia, la possibilità di ricorso in appello attraverso il decreto cautelare presidenziale che il codice del processo amministrativo dichiara espressamente inappellabile. Accanto alla tutela ripristinatoria, che dipende dall'annullamento, la materia ambientale consente il ricorso alla tutela risarcitoria in forma specifica e cioè alla tutela prestata dall'art. 2058 c.c., richiamato dall'art. 30 del Codice del processo amministrativo: questa tutela consente di ottenere le risorse utili affinché il danno, oramai arrecato, venga integralmente riparato attraverso un ripristino della situazione precedentemente esistente, non mediante un'attività che dipende dall'annullamento del provvedimento, ma attraverso un'attività che dipende

² A. CROSETTI, "La pianificazione paesistica", in A. CROSETTI – D. VAIANO," Beni culturali e paesaggistici", Giappichelli, Torino, 2011, 257 ss.

³ A. CARAPELLUCCI," La Tutela ambientale tra amministrazione attiva e funzione consultiva: contraddizioni di una disciplina ai limiti dell'irragionevolezza". In Dir. E proc. Amm. 2011, 611 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

dall'individuazione di una diversa possibilità di ricostruzione della realtà di fatto preesistente.⁴

Altra possibilità di tutela ambientale, anche se assolutamente remota, sta nel riconoscimento del risarcimento del danno in forma ordinaria, cioè per equivalente, attraverso corresponsione di una somma di denaro che ristori del pregiudizio subito.⁵

4. Pretesa di un provvedimento favorevole, sanzionatorio, di tutela e di pianificazione.

Ambiente non significa solo natura o ambiente fisico, ma anche ambiente antropizzato, ossia derivante dall'azione umana; ciò riguarda sia il prodotto artistico che urbanistico da difendere da comportamenti umani errati (si pensi ad esempio all'inquinamento acustico, o atmosferico o idrico etc.). In tale contesto si ipotizzano provvedimenti di tutela del bene ambientale che riguardano sia la tutela conservativa che la tutela di carattere gestionale mirante a mantenere il bene impedendone il deterioramento.

I provvedimenti di tipo sanzionatorio sono quelli che si applicano nei confronti di una violazione che leda l'ambiente e richiede punizioni attraverso provvedimenti che abbiano sia effetto dissuasivo che ripristinatorio. In tale caso il cittadino esige, in via generale, che la pubblica amministrazione agisca anche attraverso provvedimenti di pianificazione che siano funzionali a tutelare l'ambiente e che prevedano un'azione di tipo impeditivo/permissivo, verso determinati o specifici interventi in materia.

5. La posizione sostanziale dell'interesse legittimo.

Relativamente al ruolo di tutela del bene ambientale la pubblica amministrazione ha poteri di programmazione, di pianificazione, di autorizzazione, di vigilanza e di sanzione.

Nel nostro ordinamento è individuabile, in capo al cittadino, la posizione di interesse legittimo. L'interesse legittimo è una posizione che sussiste ogni qualvolta all'amministrazione è attribuito il potere.⁶ In questi termini si esprime la nostra Costituzione (artt. 24,103,113), la legge del 7 agosto 1990, n.241, art.9, il Codice del processo amministrativo, approvato con D.lgs. 2 luglio 2010 n. 204, in più disposizioni.

Nel sistema democratico, ormai, è da escludere che il potere dell'amministrazione sussista senza che rispetto ad esso siano individuate delle posizioni giuridicamente

⁴ Sul tema: S. BECCARINI, "Scelta delle azioni e valutazioni della necessità dell'annullamento per la tutela del ricorrente", in Dir. proc. amm., 2011, 1260.

⁵ È questo il caso del danno erariale ipotizzato dalla Corte di Conti derivante dalla costruzione, negli anni '70, di edifici nel Parco Nazionale d'Abruzzo consentita da parte della Pubblica Amministrazione. Questa costruzione non avrebbe dovuto essere permessa nel detrimento che sarebbe derivato non solo verso l'ambiente ma anche verso specie animali protette che, con ciò, subivano alterazioni del loro habitat. In questo caso la legittimazione a pretendere il risarcimento del danno è stata assunta in proprio dalla Procura della Corte di Conti come soggetto pubblico titolare dell'iniziativa. Corte dei Conti, Sez.. I, 18 settembre 1980, in Foro.it 1981, III, 167, con nota di C.E.Gallo.

⁶ A. ROMANO, "Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive", in "L'interesse pubblico tra polita e amministrazione", a cura di A.CONTIERI – F.FRANCARIO – M. IMMORDINO – A.ZITO, vol.II, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2010,443 ss.

rilevanti dei cittadini, in quanto il potere amministrativo è finalizzato all'interesse pubblico, ossia all'interesse dei cittadini come destinatari dell'attività amministrativa.

L'interesse legittimo sorge nel momento stesso in cui il legislatore conferisce il potere e ne individua le possibili forme di esercizio. Allorché il potere comincia ad essere esercitato, la posizione del cittadino viene concretamente in rilievo: il cittadino è legittimato a contestare il fatto che l'amministrazione non gli inoltri la comunicazione di avvio del procedimento, che contempla nel momento stesso in cui detta amministrazione decide di cominciare ad esercitare il potere, ma dal fatto che la giurisprudenza riconosce la possibilità per il cittadino di contestare anche gli atti di carattere generale non normativo che l'amministrazione adotta quando decide di intraprendere un'attività preliminare all'esercizio in concreto del potere che può colpire il singolo.⁷

Questo significa che, per il nostro ordinamento, soprattutto dopo la legge n. 241 del 1990 e dopo che la Corte Costituzionale ha individuato come costituzionalmente rilevante il principio del giusto procedimento, segue la convinzione che al cittadino venga riconosciuta la possibilità di opporsi al potere amministrativo non a posteriori, in sede giurisdizionale, ma nei confronti dell'esercizio del potere man mano che questo viene utilizzato dalla stessa amministrazione.⁸

I comportamenti dell'amministrazione non conformi a diritto espongono questa ad una responsabilità di natura risarcitoria: l'articolo 28 della Costituzione, infatti, impone la possibilità di risarcimento nei confronti della P.A. ed il riferimento alle leggi civili, penali ed amministrative, l'art. 28 deve essere inteso nel senso che il costituente si è immaginato che in ciascuno di questi settori dell'ordinamento la responsabilità risarcitoria sia prevista e introduce una riserva di legge propulsiva che attribuisce al Parlamento il compito di dettare le regole.

L'agire dell'amministrazione è un agire formalizzato assistito da una struttura burocratica *ad hoc* che ha in sé, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, il raggiungimento dell'imparzialità e del buon andamento. Così sé, tenuto conto della pluralità dei compiti, è più facile cadere in errore e realizzare eventi dannosi, questi devono essere assolutamente evitati, tenuto conto delle regole e degli obiettivi prefissati dall'amministrazione. Il fatto che le responsabilità dell'amministrazione vadano ad incidere su problemi di compatibilità finanziaria, significativi nel momento in cui nell'art. 81 della Costituzione è stato imposto il pareggio di bilancio, non deve indurre a far pensare alla presenza di "una rete di contenimento" che vada a ridurre la possibilità della tutela risarcitoria.

La tutela giurisdizionale (come esplicitamente contenuto nell'art. 113) è da intendere in senso ampio: non solo come tutela di annullamento, ma anche come tutela risarcitoria. "La rete di contenimento" deve essere individuata in un'attenta verifica dei reali danni riconducibili all'amministrazione, danni configurabili soltanto nel caso in cui la posizione sostanziale di interesse legittimo conferita al cittadino corrisponda ad un bene della vita apprezzabile sotto il profilo economico.

Non tutti i beni della vita sono apprezzabili dal punto di vista economico (ad esempio non lo sono i diritti politici in quanto facoltà che il cittadino deve poter

⁷ Cons. Stato sez. III, 14dicembre 2012 n. 6443 in Giurisd. Amm. 2012, A.627, in tema di bando di gara e Cons. Stato sez. V, 9 marzo 2012, n.1347, ivi 2012, I, 534, in tema di banda di concorso.

⁸ Con la sentenza 17 marzo 2016, n.104 in Giornale dir. Amm. ,2007, 169 ss , con nota di B.G. Mattarella, a proposito del principio di pubblicità confermata da Corte Costituzionale, 10 novembre 2010, n. 310 , ivi, 2011, 401, con nota di A. CASSATELLA a proposito dell'obbligo di motivazione.

AMBIENTEDIRITTO	

esercitare ma che il mancato esercizio delle quali non è indennizzabile economicamente). La stessa impostazione vale anche per i diritti di partecipazione procedimentale⁹ in cui il cittadino non è danneggiato in senso proprio, cioè non subisce un pregiudizio economicamente apprezzabile, ma è danneggiato in quanto non può partecipare e, quindi, non può vedere riconosciuta la sua possibilità di cooperazione all'attività dell'amministrazione, è danneggiato anche perché l'azione dell'amministrazione non corrisponde alle regole formali che l'ordinamento democratico ritiene adeguate, perché l'attività dell'amministrazione sia riconoscibile come tale.

In casi come questi il legislatore potrà prevedere una disciplina di carattere indennitario, stabilito in alcune carte dei servizi, ma non è prevista nessuna possibilità risarcitoria. In materia ambientale è evidente che la posizione di interesse legittimo è una posizione sostanziale, perché corrisponde alla pretesa che un soggetto, abitante in un determinato contesto, esiga che l'amministrazione, incaricata di tutelare il contesto stesso, o di migliorarne la qualità, operi in maniera idonea e funzionale al conseguimento di tale scopo.

La posizione di interesse legittimo è la posizione di colui che vanta la pretesa ad un bene come quella di vivere in un ambiente sano. La tutela dell'ambiente ha un costo, incide sulla vita dei singoli soggetti e della collettività nel suo insieme, si incontra con valori, bisogni ed interessi. Se vi è un potere della pubblica amministrazione vi è anche una situazione soggettiva del cittadino. L'una e l'altra entrano in una dialettica costituita da regole dettate da un ordinamento che, in un Paese come il nostro, ha l'elegia della democraticità. La giurisprudenza, per ammettere la reazione in sede giurisdizionale da parte del singolo, richiede che il medesimo sia differenziato sulla base di un collegamento che consenta di individuare il pregiudizio che l'opera arreca all'ambiente, definito come espressione dell'esigenza del singolo cittadino di essere tutelato in ordine alla qualità della vita.¹⁰

Questa ulteriore indagine individua la posizione differenziata (come una posizione) corrispondente a quella che è considerata di diritto soggettivo. La differenza è che, mentre la posizione di diritto soggettivo individuale consente di reagire nei confronti dell'azione della pubblica amministrazione, anche ai fini risarcitivi, la posizione di interesse legittimo autorizza all'impugnazione dei singoli provvedimenti.

6. Il diritto soggettivo.

L'ambiente è bene tutelato in via prioritaria e su tale bene la giurisprudenza riconosce la pretesa del cittadino ad avere un ambiente di vita adeguato al rispetto della sua salute. In tale contesto la giurisprudenza parla di diritto soggettivo allorché il singolo intende reagire nei confronti di comportamenti dell'amministrazione che consentano la realizzazione e lo svolgimento di attività che possono nuocere all'ambiente e ledere la sua integrità. Tutelare l'ambiente, quindi, significa, di conseguenza, tutelare il benessere dell'individuo e della collettività.

P.DURET, "Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale", Giappichelli, Torino, 1996,214 ss.
 Cons. Stato sez. IV, 17 settembre 2012, n.4926, in Lex Italia.it n.9/2012; Cons. STATO, sez.V, 26 febbraio 2010, n. 1134, in Riv. Giur. Ambiente 2010, 799; Cons. Stato sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554, in Foro amm. C.d.S 2010, n.1908; Cons. Stato sez. V, 16 giugno 2009, n. 3849, in Giurisd. Amm., 2009, 1.879.

AMBIENTEDIRITTO	

Nell'ordinamento costituzionale i diritti fondamentali, individuati nell'art. 2 della Costituzione, sono quei diritti che dipendono per un verso dalle caratteristiche dell'individuo di essere persona e per l'altro dal fatto che la persona è parte integrante di un contesto sociale nel quale vive ed opera (si parla di diritti di libertà, di proprietà, di libera iniziativa, di partecipazione alla vita politica). Tuttavia l'art. 2 non prevedeva nessun diritto del cittadino nei confronti del potere amministrativo né nel senso oppositivo né in quello pretensivo. Man mano che lo stato sociale si è sviluppato, l'elencazione dei diritti presenti all'art. 2 è sembrata limitata ed insoddisfacente. Così accanto a questa si sono considerati come diritti fondamentali anche la pretesa al lavoro, alla retribuzione, ad un trattamento pensionistico e previdenziale.¹¹

È stato applicato a queste posizioni di diritto quello che, nella riforma del Titolo V della Costituzione, è stato stabilito all'articolo 117 per i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale: i livelli essenziali corrispondono a diritti fondamentali, in quanto non è possibile al legislatore garantire un livello inferiore. ¹² Quindi se i diritti sociali sono stati equiparati dalla giurisprudenza ai diritti fondamentali è avvenuta, di conseguenza, un'estensione del catalogo dei diritti fondamentali.

Inoltre, per diritto fondamentale non si intende più e soltanto il diritto della singola persona in quanto tale, ma anche della persona come appartenente a formazioni sociali. Tali diritti corrispondono a pretese di prestazione della pubblica amministrazione di vario contenuto.

Ora, se l'ambiente è il contesto entro il quale l'individuo vive, non vi può essere un diritto fondamentale all'ambiente. Questo è una declinazione del diritto della persona che trova espressione nell'art.9 della Costituzione, articolo che tutela il paesaggio ed il patrimonio storico-artistico della Nazione, Nazione intesa come l'insieme dei cittadini nelle loro espressioni culturali, sociali, politiche, giuridiche ed economiche.

In questa prospettiva si evidenzia la posizione del giudice ordinario rispetto al giudice amministrativo. La giurisdizione amministrativa è destinataria della possibilità di decidere su controversie attinenti a diritti fondamentali. La Corte Costituzionale ha voluto sottolineare che non vi è nessuna preclusione nella carta fondamentale in ordine alla possibilità per il giudice amministrativo di conoscere detti diritti e che perciò la giurisdizione del giudice amministrativo non è affatto inferiore rispetto a quella del giudice ordinario. Il giudice amministrativo, tuttavia, sembra sicuramente più disponibile a verificare la logicità intrinseca dell'attività dell'amministrazione, il rispetto delle regole sue proprie, piuttosto che ad estendere l'ambito di tutela del cittadino, cosa che stima più apprezzabile il giudice ordinario che, per la sua diffusione sul territorio, è anche più sensibile alla domanda di giustizia che proviene dai cittadini; il giudice amministrativo è più distaccato dalla realtà dei vari conflitti sociali.

7. Interessi superindividuali.

L'ambiente, come bene giuridico, interessa una pluralità indeterminata di soggetti. Ma l'indeterminatezza di per sé esclude la titolarità di una posizione soggettiva specifica che impone anche controprestazioni a titolo di obbligo qual è il diritto soggettivo e del rapporto istituito con l'amministrazione.

¹¹ B. PEZZINI, "La decisione sui diritti sociali", Giuffré, Milano, 2001, 19 ss.

¹² L.R. PERFETTI,"Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo", in dir. Proc. Amm., 2012, 850 ss.

AMBIENTEDIRITTO

Il bene ambiente, proprio per le sue caratteristiche, è un bene che si presta più ad un controllo sociale che ad un controllo individuale: è la collettività, nel suo complesso, che si interroga sulla tutela dell'ambiente piuttosto che sui singoli, i quali, proprietari di beni che costituiscono l'ambiente, possono risultare interessati soprattutto al loro sfruttamento.

Le stesse associazioni ambientalistiche si caratterizzano proprio per essere delle formazioni sociali che spontaneamente assumono come loro compito la tutela ambientale e avanzano una pretesa spettante a tutti i cittadini sia singoli che associati. Per questa ragione la posizione soggettiva è stata qualificata come interesse diffuso, cioè appartenente ad una pluralità indeterminata di soggetti tutti connotati dal fatto di essere semplicemente cittadini. L'interesse diffuso è l'interesse che appartiene ad una pluralità indeterminata di cittadini, quindi, tutti coloro che si trovano in una determinata situazione, che nello specifico può essere semplicemente quella di essere cittadini italiani. Vi è cioè un carattere assolutamente indeterminato della situazione. La legge del Ministero dell'Ambiente ha tentato di risolvere il problema trasformando gli interessi diffusi in interessi collettivi: interessi collettivi sono quelli che sono individuati in capo ad un soggetto giuridico collettivo espressamente incaricato di questa attività.

Il soggetto giuridico collettivo è legittimato né più né meno di un soggetto individuale, la differenza è semplicemente il suo stato sociale.

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che alla legittimazione degli organi centrali delle associazioni riconosciute a livello ministeriale si affianchi una legittimazione di possibili associazioni locali da individuare sulla base di una valutazione analitica della effettiva rappresentatività.¹³

Questa posizione è coerente anche con quanto presente a livello di U.E. e di convenzioni internazionali. È presente qui il concetto di "sussidiarietà orizzontale" ¹⁴: i cittadini in forza di questo principio sancito art. 117 e all'art. 188 della Costituzione, devono essere in condizioni di svolgere, anche quali associati, tutte le funzioni che possono esercitare senza necessità dell'intervento dei pubblici poteri. Se è così anche le azioni a tutela di beni collettivi, come l'ambiente, devono poter essere esercitate dai cittadini associati senza necessità di una veste pubblicistica quale può essere l'inserimento negli elenchi ministeriali. In questo contesto muta anche il significato del concetto "interesse diffuso": esso non è un interesse del quale nessuno è titolare, ma del quale sono titolari tutti e che tutti possono esercitare congiuntamente. Il termine diffuso" non significa che è "privo di titolare", ma che appartiene alla pluralità. Si tratta di interessi che sono stati qualificati come "interessi superindividuali" o "meta individuali"15, cioè posizioni giuridiche che vanno al di là dell'individuo, ma che mantengono tuttavia la stessa consistenza che avrebbero avuto se fossero stati di un singolo. Il singolo, in casi come questo, viene ad essere invece la controparte, ossia l'avversario dell'interesse diffuso, colui che si contrappone all'imposizione collettiva.

¹³ Cons. Stato, sez. III, 8 agosto 2012, n.4532, in Giurisd. Amm., 2012, 1292.

¹⁴ P. DURET," Riflessioni sulla *legitimatio ad causam* in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà", in Dir. Proc. Amm.. 2008, 688.

¹⁵ L. LOMBARDO, "La tutela delle posizioni giuridiche meta individuali nel processo amministrativo", Giappichelli, Torino, 2008, 76 ss.

ΑN	BIF	ENT	ED	IRI	TTT(

CIRCULAR ECONOMY AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY

Monica Cocconi

Abstract: The new paradigm of the circular economy surpasses the boundaries of the administrative action of mere waste management to protect the environment to include, in a holistic way, the whole industrial process of designing and producing goods and the associated social and training profiles; it is, therefore, an instrument of industrial policy, capable of guiding and attracting investment, generating value; it is therefore a model which cannot be confined to the shadow of environmental protection but which necessarily includes social profiles, This is why we have tabled an amendment to this effect. The efficient use of resources must indeed be seen not only as an environmental objective but also as an objective of industrial competitiveness. On the side of the instruments, the adoption of direct regulatory measures is accompanied by the use of economic and financial instruments (grants, certifications, tax incentives, Green Public procurement) aimed at influencing the willingness of companies to carry out production processes with a lower environmental impact in a differently calibrated balance of command and control and market instruments.

SUMMARY: 1. Towards a new development paradigm. - 2. Origin and characters of the circular economy model. - 3. The European framework on the new economic paradigm. -3.1. The new Package of Directives on the Circular Economy: the missing link to a completed circularity model. - 3.2. The take-off of the circular economy by supplying raw materials. - 3.3. The contribution to the circular economy of the use of biological resources and the instruments of market regulation. - 4. The challenges posed to the European Union by the emergence of the new economic model. - 5. Some conclusive observations.

^{*}One of my writings on the same subject is being published on Dir. Dell'economia, No. 3/2019.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Towards a new development paradigm.

The paper deals with a central issue in the ongoing redefinition of the European model of development and the European identity itself, namely the role of national and European administrative environmental law to ensure sustainability in face of global challenges related to global warming, the limitation of natural resources and the growth of poverty¹.

A large group of renowned scientists has recently relaunched a plea about the unsustainability of our current model of economic development and the risks it poses for the future².

The theme is not new: economists began to question the relationship between economy and environment even before the 1970s, yet a more systematic political debate on the dynamics of sustainable growth followed the 1972 Stockholm Conference, the launching of the United Nations Environment Programme (UNEP), the establishment of the Brutland World Environment Commission in 1983 ³ and the international acts that followed⁴.

However, the legislator's effort to provide a more complete framework for a new economic paradigm, that of the circular economy, appears innovative, as will be highlighted, since it is able to combine an effective response to environmental challenges without compromising the competitiveness of the economic system and its employment levels.

There may be different strategies, national and European, to restore sustainability to the current model of development.

The risk could be first of all that, as highlighted by Zygmunt Bauman in his book Retrotopia⁵, to react to change by looking at the past.

The temptation is, first and foremost, a return to the past, with a restoration of trade protectionism and a strengthening of national sovereignties; and therefore, with a significant regression of the European integration process.

In the opposite direction is oriented the attempt to design a new path of fully integrated development, which is able to address in a transversal way the issues of sustainability and social inclusion⁶.

The move towards a more resource⁷-efficient, low-carbon and hence climate-resilient

¹ The present model, moreover, is widely recognized also the strong instability, In fact, it has a higher intensity and speed than in the past because the greater interactions existing between the different components of the system cause an increasing acceleration of its changes. For a scientific approach aimed at enhancing the systemic aspect in the study of the environment see M. Cafagno, Principles and instruments of environmental protection as complex, adaptive, common, Giappichelli, Turin, 2007.

² See the Worls scientists' appeal warning to humanity: A Second notice, on BioScienze, November 2017. On the theme there is, recently, E. Giovannini, The sustainable utopia, Turin, Laterza, 2018.

³ This Commission published the famous Brutland Report in 1987.

⁴ The first measures were adopted at the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Heating (the Framework Convention is an international agreement produced by the Conference on the Environment and Development of the United Nations (UNED) held in Rio in 1992, which entered into force on 21 March 1994), followed by the Kyoto Protocol of December 1997 and, most recently, the Paris Agreement of December 2015.

⁵ See Z. Bauman, *Retrotopia*, Laterza, Bari-Roma, 2017.

⁶ This is the method behind the ASVIS, the Italian Alliance for Sustainable Development, promoted by Enrico Giovannini in February 2016 and which today brings together more than 170 subjects including employers' associations, trade unions, volunteers, Foundations and universities. The aim is to put in place new ideas to make development fair and sustainable and to support and promote those who can contribute to achieving the 17 objectives of the UN: first of all the Italian Government, but also businesses and other actors in economic and social life, right down to the individual citizen.

⁷ The concept of resource efficiency has been extensively developed globally in a number of initiatives by stakeholders such as the OECD and the UN (International Resource Panel) and the G7/G8/G20.

AMBIENTEDIRITTO

model is the main international challenge, to achieve sustainable and, at the same time, inclusive economic growth.

In fact, it is not only a reform of the current model but a real change of paradigm that requires significant changes in the use of natural resources, in waste management, in the design and life cycle of goods.

The new paradigm is described, at national and European level, as a circular economy⁸; its most authoritative definition is that of the Ellen MacArthur Foundation⁹: «the circular economy is an industrial economy conceptually regenerative and reproduces nature in improving and optimizing actively the systems through which it operates».

It is therefore a paradigm that derives precisely from the observation of non-linear and complex systems, especially living ones.

Such systems in fact, like the new economic paradigm, are regenerative, evolutionary and thermodynamically far from the equilibrium, that is they absorb and value the contributions of negative entropy available in nature.

This new paradigm is placed in the wake of sustainable development but, at the same time, it goes beyond its boundaries, because it emphasizes essentially the limits to development, as already highlighted in the Report «*Limits to growth*» Massachusetts Institute of Technology and Club di Roma 1972.

These relationships had revealed the unsustainability of an economic model based on unlimited growth through the progressive consumption of available resources and natural capital and the risks of compromise, through its preservation, minimum ecological¹⁰ levels.

The same limits impose, today, an economic growth that takes place within the paradigm of sustainability and regeneration, that is, in which the goods of today are the resources of tomorrow.¹¹

The challenge is, in short, to combine an adequate and effective response to current environmental and social dynamics while increasing, at the same time, the competitiveness of the economic system and its employment levels. Within this new paradigm, therefore, the emphasis is not solely on environmental¹² protection and whether it can still qualify as a limit or, rather, as a factor of convergence with regard to

⁸ In juridical science, see F. De Leonardis, Circular economics: essay on its different legal aspects. Towards a Circular State, in Dir. amm., 2017, 163; V. Cavanna, Green Economy, Resource efficiency and circular economy: The Signals report 2014 of the European Environment Agency, in Rev. Giur. Amb., 2014, 821; C. Bovino, Toward a circular economy: the revision of the directives on waste, in Environment 2014, 682; finally see also T. Federico, The foundations of the circular economy. Foundation for Sustainable Development, 2015.

⁹ This Foundation, from its historical headquarters in the Isle of Wight, promotes the circular economy all over the world.

¹⁰ The limits to the current model of economic development are no longer identified in the fear for the depletion of resources – as prefigured by D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers, W. W. Behrens III, *The limits of development*, Milan, 1972 -, but in the increase of their costs and in their actual availability for the geographical position of raw materials and the risk of their use as a weapon of political pressure; see, on the subject, A. Clò, *The energy rebus*, Bologna 2008.

¹¹ On the recognition in the circular economy of a new development paradigm that surpasses and does not integrate that of sustainable development, see F. De Leonardis, *Circular economy. Essay on its different legal aspects. Towards a circular state*, cit. 163.

¹² For further information see, first of all, the two main treaties of environmental law: R. Ferrara, M. A. Sandulli, *Treatise on the Law of the Environment, Milan, June, 2014; E. Picozza, P. Dell'Anno, Treatise on the Law of the Environment, Padova, Cedam, 2012. Among the manuals see, G. Rossi (edited by), Environmental Law, Fourth edition, Torino, Giappichelli, 2017; B. Caravita di Toritto (edited by), Environmental Law, Bologna, il Mulino, 2016.*

AMBIENTEDIRITTO	

economic development.

The emphasis, in fact, in the new model, is all internal to the dynamics of redefining a sustainable and regenerated industrial development, where environmental protection can also be a factor of competitiveness and not a threat to the economic efficiency of the system.

The development in a more sustainable direction of the economic and social system entails new modes of action of enterprises and public authorities, not fractionated but integrated and systemic.

This new way of acting will inevitably have to be regulated by administrative law and implemented by a national and European governance, similar to the phenomenon to be regulated; they will have to be encouraged, in fact, the institutional links and coordination of the action of the different administrations involved in its implementation.

The paradigm shift will also have to be accompanied by a legislative framework for transposition and implementation which simplifies its implementation and promotes its coherence; therefore, it will have to make the collaboration between all the actors of the circular economy structure - public administrations, enterprises, research institutes, and, at the same time, promote innovation, technology transfer and the competitiveness of industrial sectors. The instruments and forms of regulation will also have to adapt to the characteristics of the new development paradigm.

The public authorities must act not only through the traditional system of regulation (direct regulation) but also through economic regulation - for example through taxes, incentives and emission rights trading.

In fact, the conviction of the limits and the several failures to which the public intervention in the field of environmental protection and regeneration¹³ is exposed is consolidated.

The redefinition of the mode of design and production of goods in the direction of sustainability, in fact, requires a flexibility that the provision of public incentives is better able to satisfy than the use of authoritative instruments.

The rigidity of environmental limits and standards, in addition to the administrative cost burden, can contribute to lower the same production, discouraging companies to introduce more efficient and less polluting production techniques. As in the governance of the environment; therefore, the redefinition of the European economic model towards sustainability will also result in a different balance of authoritative instruments and economic incentives.

The adoption of direct regulatory measures, therefore, will have to be supplemented by the use of economic and financial instruments that condition the willingness of enterprises to carry out production processes with less environmental impact.

The approach to the topic must become necessarily interdisciplinary, in the sense that it will have to take advantage of the contribution of more disciplinary competences. In addition to the legal and economic sciences, in fact, the use of ethics and the

¹³ In this respect, see the Green Paper «on market-based instruments used for environmental and related policy purposes» of 28 March 2007, COM (2007). In the same direction as designing incentive and disincentive-based policy instruments as essential factors for public action to protect the environment, see M. Bresso, *For an ecological economy*, Roma, 2002; R. Costanza-J. Cumberland-H. Daly-R. Goodland- R. Norgaard, *An introduction to ecological Economics*, Boca Raton, Florida, 1997, 69.

AMBIENTEDIRITTO	

philosophy of law (for the centrality of the intergenerational dimension), engineering, agriculture and biology will be essential (for the design and production of durable and regenerable goods).

These contributions represent an indispensable enrichment of the legal method in which the so-called separation of legal science from other social or technical sciences is strongly called intoquestion, from the epistemological point of view.

Particularly with regard to issues such as those addressed in this essay, characterized by the deep connection and interdependence of social phenomena, the sterility of a sectoral approach to each of them emerges. More generally, the of administrations and the need to overcome their detachment from civil society and the economic system renders ineffective investigations marked by a clear distinction between the administrative system and the economic system and social.

It is therefore increasingly necessary to adopt an investigative approach to the administrative phenomenon, not distinguished by disciplinary areas but by problems ¹⁴, necessary to gain in depth the administrative legal experience and to solve the problems inherent in it, enter from within and with equal dignity into the legal proceedings for which, therefore, *«It is no longer a time for loneliness»* ¹⁵.

It is, however, responsible for assessing its relevance and consistency from time to time with the concrete solution of the case under investigation.

The premise of this approach, from the epistemological point of view, is therefore the demand to each science, in its own autonomy, of the legitimacy to define its own object and the conditions and criteria of its own action.

While agreeing with this logical premise, however, the legal analysis will preserve its autonomy and its raison d'être which is to identify the values and legal interests in force in each concrete administrative matter and the qualifications that are connected with it and to set up and resolve, through their reconnaissance, the legal problems from this mail¹⁶.

In the following analysis, therefore, after having reconstructed the scientific genesis and characteristics of the new economic model (§2), the logic and purpose of the European discipline that introduced (§3) will be investigated.

Finally, the reflections that it produces and could generate, on the same European identity and on the relative modalities of action, the progressive affirmation of the model of the circular economy (§ 4 e 5).

¹⁴ Precisely the epistemology of K. R. Popper is based on the assumption that there is no certainty in science and that rational scientific action is not oriented to the search for absolute truth but is concerned solely with offering answers to concrete problems, however. In this sense there is a v. ID., *Truth, rationality and growth of scientific knowledge,* in *Science and Philosophy. Problems and aims of science,* trad. it. by M. Trinchero, Turin, Einaudi, 1991, 184.

¹⁵ In this sense, P. Grossi, *History of law and positive law in the formation of today's jurist*, in *Riv. Storia dir. It.*, LXX, 1997, 5.

¹⁶ On the subject, M. Cocconi, *The science of administrative law and the use of other social sciences*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli, *The science of administrative law in the second half of the 20th century*, Turin, 2008, 269. It will then analyse the limited implementation it has received so far in the national legislation

AMBIENTEDIRITTO	

2. Origin and characters of the circular economy model.¹⁷

The scientific base of the economic system undergoing such new economic paradigm is that of Ecological Economics, oriented towards an evolutionary vision of the economic system, in which economic activity constitutes an extension of the biological activity, that invests the Such model transposes also the contained forecasts in the "Economy of the static state" of Herman Daly¹⁸, that didn't implicate a total absence of growth of the economic system in reality but, rather, a state of symbiosis between individual and nature, founded upon renewable natural flows of energy and resources without an exhaustion of natural resources.

The final objective was that of an economic system that maintained him within a band of sustainability and it didn't overcome the least ecological limits.

The economic model of the circular economy is based on that of the natural ecosystem in which everything is reused and nothing is lost and imitates its dynamics¹⁹.

It deals with a model founded upon an innovative conception of comfort and wealth, not anymore based on the continuous expansion of GDP and consumptions, but on the increase of stock of human, natural and social capital, over financial one.

This development model includes a completely regenerative industrial system on the design side that manages resources more efficiently upstream, increases productivity in production processes and preserves the value of products and materials as long as possible.

Downstream, the same model tries to prevent goods with a residual utility from being disposed of in landfills, thus favouring their recovery and reintroduction into the

¹⁷ The real origin of the circular economy, under the conceptual profile, is owed to W. R. Stahel that, together with Geneviève Reday Mulvey it outlined, in a relationship for the 1976 ("Potential for Substitution Manpower for Energy") European Committee, the features of the circular economy in modern key, showing of it the potentialities under the profile of the occupation and the economic competitiveness, well over the profiles of environmental guardianship and diminution of the refusals. The idea of the Swiss architect was that to extend the vital cycle of the buildings and other goods as the automobiles to eliminate the wastes of resources. The Relationship was turned into a monographic writing in 1992, with the title Jobs for Tomorrow - The Potential for Substituting Manpower for Energy. In the text an economic model appeared distinguished by that linear, qualified as economy "cyclical." In opposition to the linear structure, Stahel prefigures a model stam to the imitation of the natural systems as the cycle of the water, and it hypothesizes a productive system autorigenerante where the enterprises become responsible of the goods also produced after the immission in the market. In the same years Orio Giarini, economist triestino, member of the Club in Rome and Secretary of the international association for the study of the economy of the insurance in Genoa, analyze the opportunities made by the economy of the services available. In the writing "Dialogue on the wealth and the comfort" of 1981, after having shown the difficulties to preserve the paradigm of the linear economy, gives the limits of the available resources, Giarini proposed a necessary synthesis among economy and ecology. Besides it sustained that the strategies for the production of the wealth had to found upon the natural resources, as that he qualified "endowment" and "patrimony."

¹⁸ See H. Daly, Steady-State Economics, 2 ed., Island Press, Washington, D.C., 1991, 17.

¹⁹ In May 2015 in the Encyclical Laudato Si Papa Francesco evoked the need, in redefining the economic model, for the imitation of nature with these words: 'We find it difficult to recognise that the functioning of natural ecosystems is exemplary: plants synthesize nutrients that feed herbivores; these in turn feed carnivores, which provide large quantities of bio-waste, giving rise to a new generation of plants. On the contrary, the industrial system, at the end of the production and consumption cycle, has not developed the capacity to absorb and reuse waste and slag. It has not yet been possible to adopt a circular production model that ensures resources for all and for future generations, which requires the maximum use of non-renewable resources, moderate consumption, maximize exploitation efficiency, reuse, recycle». On the Encyclical see M. Serio, *Laudato Sii. The Encyclical of the Crisis for a Different Model of Growth* in *New Economy and History*, 2015, 99.

AMBIENTEDIRITTO	

economic system.

It is also a model which should benefit mainly from the use of renewable energy.

The essential juridical characters of the new model of development are partly analogous to those recognized to the sustainable development; they apply you, in fact, a meaningful projection toward the inter-generational dimension and formality of realization decidedly systemic and integrated.

Their recurrence is a symptom of as the new paradigm includes but at the same time, as it will show, remainders the precedent model of development. One essential characteristic of his must be of it, indeed, the inter-generational dimension that keeps in mind of the necessity to satisfy, besides the rights of the present generation, also those of the future generations, according to the native definition of the Relationship 1987 Brundtland, from the title the "future of all of us²⁰."

For sustainable development he intended, in such context, a "development which meets the needs of the present generation whithout compromissing the ability of future the generation to meet theirs²¹."

The same dimension returns, more recently, in art. 3-quater of the d.lgs. April 3 rd 2006, n. 152, as integrated by the d.lgs. January 16 th 2008, n. 4 whereas he affirms that "every remarkable human activity legally to the senses of the present Code must conform to the principle of the sustainable development, with the purpose to guarantee that "the satisfaction of the needs of the actual generations cannot jeopardize the quality of the life and the possibilities of the future generations²²."

Also the new paradigms of development ricompresi or comprehensive of the circular economy as that of the green economy²³ and of the bioeconomy²⁴, they include a meaningful attention to the inter-generational dimension.

This profile is very explicit, for instance, in one of the most qualified definitions of the green economy that shapes as: "A system of tied up economic activity to the production, distribution and consumption of goods and services that it is translated in a good human comfort in the long period, not to expose the future generations to meaningful environmental risks and the ecological shortage." ²⁵

The same Declaration of September 25 th 2015, on the occasion of the approval of the

²⁰ World Commission on Environment and Development, 1987, «Our Common Future«, UN Report A/42/427.

²¹ On the principle of sustainable development see F. Fracchia, Sustainable Development. *The feeble voice of the other between protection of the environment and protection of the human species*, Naples, 2010; ID., *Sustainable development and rights of future generations*, in *www.rqda.eu*; M. Montini, Profili di diritto internazionale, in Trattato di diritto dell'ambiente, (a cura di) E. Picozza, P. Dell'Anno, Padova, Cedam, 2012, 37; G. Cartei, Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile, quaderni Cesifin, Firenze 2013; P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, II ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 252.

²² On the strong intergenerational dimension of sustainable development see R. Bifulco, A. D'Aloia (edited by), *A right for the future. Theories and models of sustainable development and intergenerational diversity*, Naples, 2008, 177.

²³ On the fact that the green economy is a more comprehensive development model of the circular economy see Martens P., Grey, *Green or blue economy? It's sustaibility, Stupid?* University of Maastricht, Sustainble learning, 2013.

²⁴ Bio-economy means all economic activities related to the discovery, development, production and use of organic products and processes within certain macro-sectors: agro-food industry and marine bioeconomy. For an essential bibliography on the subject see Clever Consult Bvba, *The knowledge Based bioeconomy (Kbbe) in Europe: Achievements and Challenges*, Brussels, 2010; R. Esposti, Knowledge, 2012, 231-264; ID., *Knowledge, technology and innovation for sustainable agriculture: lessons from the past, paradoxes of the present and challenges for the future*, in *Agriregionieuropa*, 2013, 32.

²⁵ See UNEP, 2012, «The Business Case for the Green Economy. Sunstable Return of Investment» Globescan.

AMBIENTEDIRITTO	

Agenda 2030²⁶, concluded him with the following words, that expressly evoked the theme of the inter-generational inheritance: "The future of the humanity and our Planet is in our hands. It is also found in the hands of the new generations, that will pass the witness to the future generations."

The other recurrent dimension both in the sustainable development and in the new model of economic development it is strongly that of integrated method of realization.

Already in the text of the Conference held in Rio de Janeiro in 1992, concluded with the Declaration on the environment and the development (what it took back the definition given by the Relationship Brutland), was specified as the matter of the realization of the sustainable development it was integrated in comparison to the other dimensions of the political and social order. It put on in relief, in fact what: "in order to achieve sustainable development environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it" (principle 4)²⁷.

Also in the art. 3 of the Treaty of Lisbon of December 13 th 2007 the sustainable development is founded and in partnership to other dimensions of the economic model what "a balanced economic growth and the stability of the prices, a social economy of market strongly competitive, that contemplate to the full occupation and the social progress and an elevated level of guardianship and improvement of the quality of the environment."

One of the specificities of the Agenda 2030 for the sustainable development, in effects, it is really the integrated—vision of the actions to undertake and of the objectives to be achieved for redefining our model of development. The global challenges that impose it, in fact, demand, also for the European Committee²⁸, to drop politics and sectorial mechanisms of government, to advantage of a more integrated and systemic approach.

Inside this systemic approach it reenters, what further dimension, the forced consideration and priority of the connected appeals to the guardianship of the environmental sustainability in the decisional trial of the public administrations.

This perspective does not imply that the principle of sustainable development should be given an ontological priority and that conflicting interests should be sacrificed as a result; rather, it implies an obligation on the part of the authorities to give reasons for giving priority to the interests linked to this principle in the discretionary choice of comparison and in the balancing of public and private interests.

The same principle of integration, contemplated by art. 11 TFEU and 'art. Article 37 of the Charter of Nice, on the basis of which «requirements relating to the protection of the environment must be integrated into the definition and implementation of Union policies and actions» was explicitly aimed at realising the sustainability of the economic

²⁶ On September 25, 2015, the United Nations General Assembly set 17 sustainable development goals for the whole world, to be achieved by 2030. concrete objectives relating to the eradication of poverty and hunger, quality education and gender equality, health at all ages, water, energy, employment, economic growth and inequalities, infrastructure and cities, consumption and production, the fight against climate change, flora and fauna, peace and institutions.

²⁷ On the relationship of mutual interdependence between economic and social development and the environment, see M. Monteduro, *Right of the environment and food diversity*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2015, 1, 92.

²⁸ European Commission, A strategy for a sustainable bioeconomy for Europe, 13 February 2012. Innovation for sustainable growth: a bioeconomy for Europe.

AMBIENTEDIRITTO	

mode²⁹.

Moreover, in d.lgs. n. 4 of 2008, paragraph 2 of art. 3- quater, sustainable development is recognised, in the light of the principle of integration, as a principle applicable not only to the environment but to the entire activity of public administration of a discretionary nature. With this in mind, it is expected that «In the context of the comparative choice of public and private interests which is characterised by discretion, the interests in the protection of the environment and the cultural heritage must be given priority».

Moreover, the same characterization of the environment as a constitutional value excludes that the good which it is the subject of can be qualified a priori but requires, rather, that this is necessarily the result of a balance between different interests³⁰.

On the basis of this methodological approach, the conceptual categories of attribution and competence of public administrations should be reduced, or however, the way in which this is done will necessarily have to be done in a way that is integrated with that of other public entities, mainly through coordination between the public authorities involved in waste³¹.

Finally, to address these complex problems, it is useful to use an integrated and profoundly innovative thinking that addresses the issues not by segment but by interconnection.

3. The European framework on the new economic paradigm.

As far as the regulation of the new economic model is concerned, the path towards systemic discipline at European level has been gradual and has made a significant contribution to outlining its essential features.

On the constitutional side, the legal bases of the new economic model can be found, first of all, in art.3, the first and fifth paragraphs of the Lisbon Treaty of 2007, first on the European and then on the international side. In the first paragraph it is pointed out that the Union shall establish an internal market.

It strives for the sustainable development of Europe, based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment».

²⁹ On the principle of integration see L. Kramer, *Manual of Community Law for the Environment*, Milan, June, 2002, 91; P. Dell'Anno, *Principles of European and national environmental law*, Milan, Giuffrè, 2004, 75-79; M. Wasmeier, *The integration of environmental protection and a general rule for Interpreting community law*, in *Common Market Law Review*, 2001, 159.

³⁰ On the method of balancing as a technique of composition of primary constitutional interests see B. Caravita, A. Morrone, *Balancing values as a technique of conflict resolution between primary constitutional values*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone, *Right of the environment*, Bologna, the Mill, 2016, 36. On the point also B. Caravita, *The balance between economic costs and environmental costs in an interpretative judgment of the Constitutional Court*, in *Le regioni*, 1991, 525: «the protection of the integrity of the landscape and the environment is not, however, absolute, but is likely to be compared in the legal system, since other constitutional values exist that can legitimize the balancing of protections». An emblematic sentence on the necessary balance of the primary interests is Court cost., n. 85 of 2013 on the so-called Ilva case

³¹ The fact that the principle of competence, within the new context of rethinking the European model of development, must necessarily be combined with that of integration in order to favour a non-fractional approach but as much as possible sistemi, see F. De Leonardis, *Circular economy*, cit., § 8. On the explicit need for a system of coordination between public authorities intervening on waste, see All IV-bis of Directive 30 May 2018 n. 851/EU

AMBIENTEDIRITTO	

In the following fifth paragraph it is stated, in a much wider perspective, that «In relations with the rest of the world the Union affirms and promotes its values and interests, contributing to the protection of its citizens.

It contributes to peace, security, sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade....».

As is evident, the explanation of this principle occurs twice in the Constitutional Treaty, the first in relation to the European Union, the second in relation to the Earth as a whole.

It is therefore not the principles that are lacking, in the European constitutional dimension, but the actions and policies that are adequate to implement them in an integrated and accomplished way, in a logic consistent with a strategic vision of the future of the European Union.

Further remarkable juridical bases for the strategy of the sustainable development are relative to more specific circles of action or rather those related to the interaction among environmental and energetic politics³².

These dispositions, jointly interpreted, underline the narrow existing connection, to European level, among the diversification of the sources of energetic provisioning for the promotion of the renewable sources and the to affirm him some dimension of sustainability of the European model³³.

Such connection is present, as it will be put subsequently in evidence, respect to the matter of the availability of first subjects, but it also produces effects on the slope of the strengthening of the energetic efficiency.

These are individuable, indeed, in the art. 192 of the Essay in Lisbon that attributes the direct finalities to the European environmental politics to assure "the sustainable use of the renewable resources in the picture of the sustainable development" and "the promotion, on the international plan.. of measures destined to fight the climatic heatings."

Such juridical base must be read and jointly interpreted with that represented by the art. 194, contained in the same Title XXI, regarding the European energetic politics.

Such disposition in effects, to the double goal to guarantee the operation of the inside market and to improve the environment, confers to the European union the power to deliberate, with ordinary legislative procedure, for "to promote the energetic saving, the energetic efficiency and the development of new and renewable energies."

As for the European sources by law derived, the initiative to regulate the new economic model had already been assumed by the European Committee, in 2014, with an entitled Communication "Toward a circular economy: program for Europe to zero refusals³⁴", accompanied by a proposal of change of some directives in subject of refusals³⁵

The Communication already aimed to favor the transition from the model of the linear economy toward that of a circular economy; this same was mainly based on the logic under which a more efficient use of the resources would have produced more favorable conditions for the growth of the competitiveness and the occupation.

³² On the topic see G. F. Cartei, Protection of the environment and European energy market in the discipline of renewable energies, in Dir. dell'economia, 2013, n. 3.

³³ On the ways of combining the relationship between environment and energy, see P. Thieffry, *Le politiques européennes de l'énergie et de l'environnement: rivales ou alliées,* in *Revue des affaires europèennes*, 2009-2010, 783. 35 See COM, 2014, 398.

³⁴ See COM, 2014, 398.

³⁵ See COM, 2014, 397.

AMBIENTEDIRITTO	

It tried to set, therefore, a favorable context to the take-off of the paradigm of the circular economy through a more integrated administrative activity between the different institutions and the public incentive to activity of search and innovation.

The Communication noted, in fact, that the introduction of 'circular economy was functional to a logic mainly of industrial policy, not only of environmental protection, descending from the progressive depletion of natural resources and from the geopolitical insecurity in order to find them. It was pointed out that: "The adoption of models more oriented towards circular economy gives a glimpse of a much brighter future for the economy of Europe, which could thus adequately meet the challenges, current and future, pressure on resources and increasing insecurity of supplies³⁶".

The proposal provided, in short, for 70% of municipal waste to be recycled and 80% of packaging waste to be recycled by 2030; it also prohibited the landfill of recyclable waste from 2025. In view of the obstacles raised by some Member States and some political parties, however, the Commission headed by President Junker withdrew the proposal and indicated its intention to replace it by the end of 2015, with a new one concerning the same subject³⁷.

3.1. The new Package of Directives on the circular economy: the missing link to a completed pattern of circularity.

The presentation of the new package then took place on 2 December 2015, during a plenary session of the European Parliament by Vice-President Katainen. The new Package consisted of the Communication The missing link - Action Plan in the European Union for circular economy and accompanied by legislative proposals for the revision of EU directives³⁸. The context of this second Package of Union Directives on the Circular Economy is that of the *«Road map towards an efficient Europe in the use of resources "*³⁹ and of the initiative on the effective use of resources of the EU 2020 Strategy⁴⁰.

Together with the Seventh Environment Action Programme⁴¹, these European initiatives include the full implementation of the waste hierarchy in all Member States, the reduction in total but also per capita of the waste produced by the waste, ensuring high-quality regeneration of secondary raw materials and the use of recycled waste as an important source of raw materials for the European Union.

The very option of the Package of Directives highlights the intention of offering a

³⁶ Accordingly, the administrative actions to be taken to achieve the new circular economy model were identified: «to enhance resilience and competitiveness, it is undoubtedly necessary to redeploy used and still usable materials for production purposes, reduce waste and limit dependence on uncertain sources of supply». The initiatives and actions to be taken, therefore, were the expected goal and the effects on the European economy: «By helping to decouple economic growth from the use of resources and their impact, the circular economy offers prospects for sustainable and lasting growth».

³⁷ In the process of approving the second Circular Economy Package, the Commission organised a twelve-week public consultation between 28 May and 20 August 2015, during which more than 1200 contributions were made.

³⁸ Reference is made to the Waste Framework Directive 2008/98/EC; the Packaging and Packaging Waste Directive 1994/62/EC; the Waste Directive 2000/53/EC and 2012/19/EU; the Landfill Directive 1999/31/EC

³⁹ EU EC, 2011, Roadmap towards a resource-efficient Europe, COM, 2011, 571

⁴⁰ See F. Petrucci, Europe changes policy on the circular economy, in Renewable Matter, n. 2, 26-29, 2015

⁴¹ Decision 1386/2013/UE

AMBIENTEDIRITTO	

systematic set-up to regulate the new economic paradigm.

It was not by chance that the same choice had already been made in 2009, with regard to the strong European initiative developed in the sustainable energy sector, in the two related packages of measures, the construction of the internal energy market and the promotion of the use of renewable energy sources, within the so-called *«Climate Package»* for 2020⁴³, which closely joins the circular economy model.

This new structure currently incorporates the waste hierarchy principle in art. 179 of d.lgs. n. 152 of 2006 which is designed as a priority in waste management policy and activity, which identifies as a priority option: a) prevention and, subsequently, b) preparation for re-use; c) recycling and d) recovery of other type; and finally, as a last ratio, c) disposal.

In reality, the basic logic of the circular economy is nothing more than a more positive and upstream aspect of the CD. 'the principle of prevention'⁴⁴ referred to in art. 178 d.lgs. n. 152 of 2006 (and art. 1, par. 1, point 10 Dir. 2018/851), which is mainly involved in the design and production of products that do not become waste or become waste only in the long term⁴⁵

Effective prevention makes it possible to reduce the amount of waste upstream in order to better manage its management mechanisms and to limit its environmental impact accordingly.

In reality, the subject of the new Directive concerns but surpasses the issue of waste management through a look at the whole life cycle of goods; the new regulation regulates, in fact, additional profiles with regard to environmental protection and the progressive reduction of landfill, the predominant and essentially exclusive purpose of the previous regulation of waste, to outline the role of the circular economy as an instrument of real industrial economy⁴⁶.

The extension of the focus has been very marked since the inception of the Directive, whereas, in the first recital, the improvement and transformation of waste management into a "sustainable materials management to safeguard, protect and improve the quality of the

⁴² The Third Package consists of two Directives (2009/72/EC on common rules for the internal market in electricity and 2009/73/EC on common rules for the internal market in gas) and three Regulations (No. 713/2009 establishing the Agency for the Cooperation of Energy Regulators and No. 714/2009 on the conditions of access to the grid for cross-border exchanges in electricity and No. 715/2009, *On conditions for access to gas transmission networks. Also on the subject are the contributions* of P. Ranci, O. Torrani, E. Bruti Liberati contained in the *Quaderno dell'Osservatorio on Administrative regulation, The regulation of energy markets in the third Community Package*, Milan, 2010.

⁴³ The 2009 Climate and Energy Package contains Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources, Directive 2009/29/EC on the Community scheme for greenhouse gas emission allowance trading, Decision No. 406/2009/EC on Member States' efforts to reduce greenhouse gas emissions by 2020, Directive 2009/31/EC on the geological storage of carbon dioxide, More recently, on climate and environment policies, see the Green Paper on the new 2030 framework for EU climate change and energy policies, published in March 2013.

⁴⁴ On this principle see F. De Leonardis, *Principle of prevention and normative novelties in the matter of waste*, in *Studies in honor of A. Romano*, vol. III, Naples, Ed. Scientifica, 2011. On the principles governing the waste hierarchy see also M. Collevecchio, *Waste management*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone, cit. 203.

⁴⁵ More specifically, there is now an obligation on Member States to take measures to prevent the generation of waste which at least: a) promote and support sustainable production and consumption patterns; b) encourage design, manufacture and use of resource-efficient products; c) concern products containing critical raw materials to prevent them from becoming waste, etc.

⁴⁶ For a deepening of waste discipline see F. De Leonardis, Waste, in G. Rossi (edited by), *Environmental law*, Milan, 2017, 296.

AMBIENTEDIRITTO	

environment, protect human health, ensure careful, efficient and rational use of natural resources, promote the principles of the circular economy».

A real qualitative leap that expressly reconnects the response to environmental challenges to that of «providing new economic opportunities and contributing to long-term competitiveness».

Always about the object, the art. Article 1 of Directive 2008/98/EC is amended: the new framework is intended to introduce "measures to protect the environment and human health by avoiding or reducing the generation of waste, the negative effects of waste generation and management, reducing the overall effects of resource use and improving its efficiency, which are key elements for the transition to a 'circular economy' and for ensuring the Union's long-term competitiveness"

The Union's internal action, in this new context, is linked to external action and responsibility for the implementation of its international commitments, particularly in the context of the United Nations Agenda 2030 for sustainable development and the G7 Alliance for resource efficiency.

3.2. The take-off of the circular economy by supplying new raw materials

In the new regulatory framework, the advent of a circular economy responds to an explicit economic and industrial logic (and no longer only of environmental protection) which covers the entire life cycle of the product from the design and production⁴⁷ stage in the belief that these affect the supply of resources, on their use and on the final generation of waste with a view to making the European economy more competitive.

First of all, the new legislation incorporates the trend towards reducing the category of waste through the construction of contiguous sub-assemblies of by-products and the end-of-waste status (end of waste) on secondary raw materials.

It was, as is well known, a logical process that countered that which aimed to extend to the maximum the notion of refusal (the cd. party totally rejected); the same was directed, to the opposite, to exclude from such notion, under certain conditions, certain substances and articles (cd. by-products) and, on the other hand, substances previously qualified as such (end of waste or secondary raw materials) are excluded from the concept of waste.

If, however, the aim underlying the introduction of these conceptual sub-assemblies was initially to limit the scope of the concept of refusal, more recently, within the new Package of Directives, the same notions appear to be directly useful for taking off and, therefore, for promoting the new model of circular economy, although they do not exhaust its scope of application.

First of all, with regard to the distinction of by-products from waste, it refers to a conceptual parable which, under the initial impulse of the European judge⁴⁸, first

⁴⁷ In this more global perspective, it is therefore specified how "If well designed, products can last longer or be easier to repair, refurbish or regenerate; disassembly is easier and recycling companies can thus recover valuable materials and components; in general, the saving of precious resources depends on the design». See also the Ecodesign Directive 2009/125/EC, which regulates all energy-related products with the aim of improving their efficiency and environmental performance.

⁴⁸ A favorable attitude towards the by-products was made explicit in Corte giust., September 11, 2003, C-114/01, avesta Polarit Chrome, in Rev. Dir. amb., 2003, 995 excluding from the category of waste those goods, materials or

AMBIENTEDIRITTO

referred to the European legislator with art. 5 of Directive 98/2008 (as amended by art.5, point 5 of Directive 2018/851/EU⁴⁹) and then national⁵⁰ law, to be extended by case law⁵¹.

More specifically, if secondary products were always initially brought back by the European judge to waste⁵², Palin Granit was pronounced in 2002⁵³, then these are conceptually separated from the *«production residues»*.

Derivatives are identified in the case of substances which, although they are not the primary purpose of production, are still exploited or marketed under favourable conditions by the undertaking in a subsequent process, without being subjected to preliminary transformations.

This concept has subsequently been extended to the case in which the company uses the substance in another production process or even when it is used by other companies in further processes⁵⁴.

One might even say, therefore, reusable waste should necessarily be qualified as a product rather than as waste, as it would result in a much less problematic reintegration into the production cycle.

Particularly with a view to affirming the new economic paradigm, this concept should refer more extensively not only to production residues but also to consumption residues, if they are likely to be further exploited, such as bottled in Pet⁵⁵ 56.

A further notion—distinct, but contiguous to that of by-product - and functional, in the new Package of Directives, to a more complete statement of the model of the circular economy, is that of end of waste⁵⁶, contained in art. 6 of Directive 2008/98 (as amended

raw materials (the cd. by-products) which, although obtained incidentally during processing, that is as a different result from the one for which it is intended, the production process is actually reused without prior processing during the production process. In a similar direction, See Corte giust. 11 November 2004, C-457/02, Niselli, in *Rev. Dir. Ambiente*, 2005, 275

- ⁴⁹ The novelty introduced, on the issue, by the 2018 Directive is that the conditions set out in art. Amendment No 5 on the status of by-products must be made compulsory for these substances to be considered as by-products, whereas the previous text only provides for the possibility of such substances. In addition, provision has been made for the Commission to adopt implementing acts laying down detailed criteria on the uniform application of conditions to specific substances or objects.
- ⁵⁰ For effect of art. 12 of d.lgs. n. 205 of 2010, which inserted the art. 184-bis in d.lgs. n. 152 of 2006, our legislator qualifies as a by-product any substance or object that originates in a secondary way from a production process or that can be used, without any particular treatment, during the same or other production process. It is worth noting the entry into force, on March 2, 2017, of D.M. n. 264 of 2016, provided by art. 184-bis d.lgs. n. 152 of 2006, «Regulation on indicative criteria to facilitate the demonstration of the existence of requirements for the qualification of production residues as by-products and not as waste».
- ⁵¹ See TAR Campania Napoli, sez. VII, January 7, 2015, n. 22; Cass. Pen. sez. III, February 5, 2013, n. 28764, in Foro it. 2014, 7-8, 426.
- ⁵² For this identification see Court of Justice, 15 June 2000, C-418/97 Arco.
- ⁵³ Corte giust. 18 April 2002, C 9/00.
- ⁵⁴ On the subject see E. Pomini, *The point on by-products: the certainty of re-use*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2012, 6, 753; D. Franzin, *The Constitutional Court and the definition of refusal: a new chapter in a complex story of Community illegitimacy*, in *Cass. Pen.*, 2011, 1, 117 ff. L. Prati, *The new by-product definition and treatment according to «normal industrial practice»*, in *www.ambientediritto.it*; G. Lageard, M. Gebbia, *Solution «by-product»: disputed risk choice for the residue producer*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011; S. Anile, *Waste, by-products and Mps: commentary on new articles 184 bis and 185b*, in *Rifiuti*, 2011, 38; L. Ranacci, *The by-products under consideration of the Constitutional Court*, in *Giur. Merito*, 2007, 1088
- ⁵⁵ In this sense we see the interesting reflections of F. De Leonardis, *Circular Economy*, cit. above all § 3.
- ⁵⁶ The concept refers to waste subjected to recovery operations, including recycling and preparation for re-use, which meet certain specific criteria, such as those covered by art. 184-ter, d.lgs. n. 152 of 2006, introduced by D.

А	MBIENTEDIRITTO

by art. 1, par. 1, point 6 of Dir. 2018/851⁵⁷); this refers specifically to the process through which a waste is subjected to a recycling or recovery of material (compost, digestate) such as to turn it into a secondary raw material, reusable in a production process.

Here, too, the Member States must in primis, to take appropriate measures to ensure that waste which is subject to a recycling or recovery operation ceases to be considered as such if it fulfils the conditions already in the 2008 framework Directive.

In addition, the paragraph 4 is replaced in its entirety, concerning the E.o.W. «case by case» criteria, through a new provision which to date establishes: "member States may decide on a case-by-case basis or take appropriate measures to verify that certain waste has ceased to be waste on the basis of the conditions set out in paragraph 1»

With a view to greater resource efficiency, the transformation of waste into new raw materials and, therefore, resources is certainly an essential part of the new model of European development.

The Community legislature itself, in the preamble to the text of the Framework Directive 2008/98/EC, stated that "waste policy should: encourage the recovery of waste and the use of recovery materials to preserve natural resources⁵⁸».

The actual potential of this process to promote the take-off of the circular economy depends on the progressive acquisition of a dual certainty; as regards, first of all, the procedures for defining the criteria in which a refusal, as a result of certain recovery operations, can be defined as reusable⁵⁹ material, only state or even regional, which can be granted a right of declassification on a case-by-case basis in the authorisation⁶⁰.

Lgs. 3 December 2010, n. 205: 1) the substance or object is commonly used for specific purposes; 2) there is a demand or a market for that substance or object; 3) the substance or object satisfies the technical requirements for the specific purposes and complies with the existing legislation and standards applicable to the products; d) the further use of the substance or object does not have an overall negative impact on the environment and human health. At European level, some regulations identify the conditions under which an EOW is present for certain specific substances. This is Regulation No. 333/2011/EU on metal scrap, Regulation N. 1179/2012 on glass scrap and Regulation N. 715/2013 on copper scrap

⁵⁷ The only amendment introduced by the 2018 Directive on this issue refers to the criterion contained in art. 6, lett. a) of the Framework Directive, which is amended from «the substance or object is commonly used for specific purposes» to «the substance or object is intended to be used for specific purposes». This is the par. 2 is also fully replaced and to date provides for the Commission to monitor the evolution of national criteria for the cessation of refusal in the Member States and to assess the need to develop at Union level criteria on this basis.

⁵⁸ In Guide to the interpretation of the Framework Directive, the Commission also made it clear that the concept of recovery also includes processes whereby waste no longer entails the risks associated with its nature and is ready to be used as a raw material in other processes. More generally, the same Guide identifies the end of the recovery process when the waste becomes a useful resource for further operations and treatments, not harmful to human health and the environment. See guidance an the interpretation of key provisions of directive 2008/98/EC on waste, prepared by the EU Commission in June 2012.

⁵⁹ With regard to this decisive question, see the Circular of the Ministry of the Environment No. 10045 of 1 July 2016 entitled: «Discipline on the termination of the qualification of waste. Application of art. 184-ter, d.lgs. 3 April 2006, n. 152» literally states that the above mentioned article provided for the following alternative methods of defining criteria: 1) by means of a Community regulation, where issued; 2) by one or more ministerial decrees, where issued; pending the adoption of the measures referred to in paragraphs 2. a) and b) the legislator has also established that, with regard to the recovery facility, the criteria defined by the dm continue to apply. 5 February 1998, from Dm 12 June 2002, n. 161, from Dm. 17 November 2005, n. 269. It should also be noted that the Regions or bodies identified by them can, when granting the authorization provided for in artt. 208, 209 and 211 d.lgs. 3 April 2006, n. 152, define EoW criteria after confirmation of the fulfilment of the conditions set out in comma 1 of artt. 184-ter.

⁶⁰ With sent. n. In fact, Article 1229 of 28 February 2018 of the Fourth Section of the Council denied that authorities and organisations within the State could be granted a right of declassification on a case-by-case basis in the context

AMBIENTEDIRITTO	

As is known, the administrative judge, in sent. n. 1229 of 2018, depriving regional authorities of the power to define, when authorising specific installations, the criteria for the cessation of waste status, poses a very important obstacle to the acquisition of one of the decisive factors for the take-off of the new economic model.

In fact, the new Waste Directive of 2018 provides for the possibility for States to proceed with the «case-by-case» procedure also on the basis of the specific criteria listed in the most recent European legislation, thus attenuating the paralysing effects of the decision of the administrative court.

In the same direction, the draft law delegating to the Government to receive the Package on Circular Economy, approved by the Council of Ministers on September 6, 2018, includes to the letter. e), among the most decisive criteria, to clarify which recycling and recovery operations are likely to generate EoW and, above all, to standardise this discipline with respect to the regions.

Data on the potential for recycling or recovery of waste are emblematic of the economic scope of acquiring new raw materials. Europe is currently losing some 600 million tonnes of waste materials per year which could potentially be recycled or reused. Only about 40% of household waste in the EU is recycled, with recycling rates ranging from 5% to 80%, depending on the area. Moreover, the Union is largely dependent on imports to emerging economies for essential raw materials, leading to a vulnerability in terms of prices and market volatility, geopolitical factors in third countries that undermine their independence and economic autonomy.

Access to resources has therefore become a decisive challenge on the economic and industrial side, even before the environment.

Greater availability of raw materials generated by waste would allow national companies to obtain savings on material expenditure and increase employment. In fact, within the most recent Directive of 2018 on the Circular Economy, there is a strong belief that the transformation of waste into new resources is a decisive element of the new development model⁶¹.

The reduction in disposal is mainly directed at the production of secondary raw materials rather than the phasing-out of waste; environmental protection, previously prevalent, is added, therefore, another interest with a European dimension, namely that related to the increased availability of raw materials to be reintroduced in the same or other production process.

3.3. The contribution to the circular economy of the use of biological resources and the instruments of market regulation.

The last decisive step of the new model is the contribution to the construction of the circular economy by the bioeconomy strategy⁶².

of authorisation. See S. Maglia, S. Suardi, The recovery of waste after the ruling n. 1229 of 2018 of the Council of State: end of the "EoW" or the proper management of waste?, in www.tuttoambiente.it

⁶¹ See, in this respect, the Communication, the missing link, cited. to§ 4: «From waste to resources: stimulating the market of secondary raw materials and the reuse of water».

⁶² See the National Bioeconomy Strategy, promoted by the Presidency of the Council of Ministers and presented in Rome on 20 April 2017

AMBIENTEDIRITTO	

In the 2015 Communication, in fact, the use of biological materials and the cascading use of renewable resources are conceived as a competitive advantage not only for their renewability, biodegradability and compostability.

The use of materials based on biological resources - such as wood, crops or fibres - can be useful both for use in a range of products and for energy use.

On this side, the bioeconomy offers an alternative strategy to the production of goods and the use of energy from fossil fuels and therefore offers a significant contribution to the take-off of the circular economy.

It reduces the environmental impact of industrial production and promotes sustainable supply.

From this point of view, therefore, the parable aimed at the construction of the new economic model is closely linked to that directed to the construction of the integrated market of the energy.

Finally, with regard to the tools needed to implement the new economic model in the 2015 Communication, the need for public regulation of the market to achieve that need is highlighted, in preserving competitive dynamics, prevents bankruptcies. It is asserted that "current market signals appear insufficient to improve this aspect, in particular because the interests of producers, users and recycling companies do not coincide.

It is therefore essential to offer incentives while preserving the single market and competition and fostering *innovation*».

Additional tools are identified, within the above-mentioned⁶³ Communication, in the reputational leverage resulting from the experimentation of the *«environmental footprint of the product*⁶⁴» means a method for measuring the environmental performance of goods and communicating environmental information.

Similarly, the Commission aims to increase the effectiveness and contribution to the circular economy of the EU Ecolabel, which identifies products with a reduced environmental impact on the whole life cycle.

On the first side, therefore, we are placed among the instruments of direct market, that is able to influence the mechanism of formation of the prices on the market; in the second case we refer to mechanisms consistent with the logic of the market⁶⁵.

More specifically, the All. IV bis, to which refer art. 1, par. 1, point 4 of Directive 2018/851, contains numerous examples of economic instruments and other measures to encourage the application of the waste hierarchy⁶⁶

With the vote of the European Parliament on 14 March 2017, the new Circular Economy Package was approved by a large majority.

The adopted report significantly improves the proposal of 2015 made by the European Commission, in particular with regard to recycling percentages to 2030,

⁶³ See § 3, Consume.

⁶⁴ On the testing of this methodology see COM/2013/196 final.

⁶⁵ For the difference between these instruments see E. Raffiotta, cit. 350.

⁶⁶ These instruments include charges for landfilling, point-by-point charging schemes for waste producers on the basis of the actual amount of waste produced and incentives for the separation at source of recyclable waste and the reduction of undifferentiated waste, tax incentives for product donation, extended producer liability schemes for different types of waste and measures to increase their effectiveness, cost efficiency and governance, public awareness campaign, integration of these issues into education and training, coordination systems between all competent public authorities involved in waste.

AMBIENTEDIRITTO	

Increased to 70% for municipal solid waste and 80% for packaging.

4. The challenges posed to the European Union by the emergence of the new economic model.

The European Union had played a key role both in the negotiation of the Paris Agreements in 2015⁶⁷ and in the process leading to the adoption of the Agenda 2030; with the adoption of the new Package of Guidelines on Circular Economy and the Juncker Investment Plan of 26 November 2014⁶⁸, it could also play a decisive role in the redefinition of its development model in order to adapt it to meet the objectives set by these international acts.

Like our country, in fact, the European Union is committed to transposing and defining the principles of the 2030 Agenda for sustainable development and their modalities of decline⁶⁹.

These, in turn, will be a decisive indication for member countries in the final definition of their strategic objectives.

To acquire such role, the union could benefit him, also, of the strengthening of the relief assigned to the Committee inside the Strategy "Europe 2020"⁷⁰ with a consequent rebalancing for the European governance and the advent of a system more and more "community."⁷¹

In the same Strategy, besides, he entirely offers not dimensions importance economic of the growth, sibsuming the human capital and the innovation, the environmental sustainability and the redefinition of the European social model.

In reality, nevertheless, the same Union, in the following years to the emanation of these international Actions, has not realized that necessary action of impulse to include

⁶⁷ See S. Nespor, *The Long Path to a Global Climate Agreement: from the Kyoto Protocol to the Paris Agreement*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 2016, 1, 81; M. Montini, *The Paris agreement on climate change*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2015, 4, 517 ss.

⁶⁸ Draft of a Plan in order to throw again the increase and to produce investments without producing new public debt.

⁶⁹ See COM(2016) 390 final- Communication from the Commission to the European parlament, the Concil, the Europea, Economic and Social committee and the committee of regions: «Next step for a Sunstainable European Future»;SWD(2016) 390 final-Commission Staff Working Document «Key European action supporting the 2030 Agenda and the Sustainable Development goals», COM(2016)740 final.

⁷⁰ For an analysis of the strengthening of European governance in the context of the Europe 2020 Strategy, see F. Ferri, *The law of the European Union after «Europe 2020»: alterations in the legal relationships between legal systems and possible effects*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.*, 2018, 723. See, also, European Commission, *Europe 2020 Strategy Budget for smart, sustainable and inclusive growth*, COM(2014) 130 final.

⁷¹ See also A. Crescenzi, *The Strategy 2020 and new european governance*, in *The Lisbon Strategy to Europe 2020*, by M. Decaro, Olivetti Foundation, 2011, *Regarding the relationship between institutions in the phase of the Lisbon Strategy* see P. Sestito, R. Torrini, *Europe 2020 and national reforms: economic governance and structural reforms*, Rome, Banca d'Italia, 2012, 18. For an effective analysis of the contribution of the dynamics of sustainable development to the organisation of the Union see A. Azamanova, M. Pallemaerts, *The European Union and Sunstainable Development: Internal and external dimensions*, Brussels, Vubpress, 2006; M. Torre-schaub, *L'Apport du principe de Développement durable au droit communautaire: governance et citoyenneté écologique*, in *RMC UE*, 2012, 89.

AMBIENTEDIRITTO	

the Objectives related to the sustainable development in its own political action⁷².

Some proposals to adjust the future European politics to the new model of development of the circular economy have been formulated from the Committee with some meaningful Communications.

The fist one, on the "Next footsteps for a sustainable European future" asks to the European union to see the Strategy to adopt after 2020 to redefine its own approach to the theme of the sustainable development and the advent of the circular economy again.

Above all, the goal is to pursue objective 12 of the Agenda 2030: " *Guarantee a sustainable model of production and consumption*." The actions to promote an efficient use of the resources and the circular economy mainly contemplate, in such context, to separate the economic growth from the use of the resources and from the environmental degrade.

The relative approach, must be systemic besides, and to necessarily understand the social, environmental and economic dimension. As already affirmed by the Committee in 2014, the same objectives of the Strategy of Europe 2020 are "tightly interdependent and complementary, for which the progress in a sense feed those in the other.⁷⁴"

In addition, a subsequent Communication on the "New European Consensus on Development" In the Union's approach to development cooperation in favour of non-European countries; this will have to refocus its action on key development vectors such as renewable energy, the issue of climate change and migration.

The approach adopted by the Commission to steer the Union towards policies more conducive to the new development model, however, both the General Affairs Council and the European Parliament did not consider it sufficiently incisive.

These bodies have recently intervened, the first with a document of Replica, on 20 June 2017⁷⁶, the second with a Resolution, on 6 July 2017, to give the Commission a more decisive impetus towards the sustainability of the European industrial system.

The European Parliament called on the Commission to make a greater effort to integrate the dimension of sustainable development into the various European policies, setting out more specifically a timetable and constant monitoring, in addition to making the necessary financial resources available.

It also asked the Commission to ensure that the contribution of all new policies to the achievement of the Agenda 2030 objectives is constantly monitored so as to ensure consistency in their implementation. Parliament also called on the Commission to consider sustainability as an integral part of the overall European policy impact assessment framework.

The same effort of greater adaptation on the part of the Commission, both to the Paris Agreement of 2015, and to the objectives of the Agenda 2030, was also requested by the European Council of 22-23 June 2017 so that the European Union can respond to

⁷² For an effective analysis of the contribution of the dynamics of sustainable development to the organisation dimensions, Brussels, Vubpress, 2006; M. Torre-schaub, *L'Apport du principe de Développement durable au droit communautaire:governance et citoyenneté écologique*, cit.

⁷³ COM(2016)739 Next steps for a sunstainable european future. European action for sunstaibility

⁷⁴ See COM (2014) 130, 15

⁷⁵ COM(2016)740

⁷⁶ More specifically, the first document called on the Commission to identify timetables, objectives and measures to include Agenda 2030 in all European policies. It also called on the Commission to identify the remaining gaps in the implementation of the Agenda and to assess its impact on European policies.

AMBIENTEDIRITTO	

the environmental challenges of climate change while increasing competitiveness and employment.

In short, the Council asked the Commission to make its action more effective by setting specific time limits for the incorporation of Agenda 2030 into its political priorities, to complement the current Europe 2020 Strategy.

On the financial side, the adoption of the proposal for a regulation on the establishment of the European Sustainable Development Fund should make available⁷⁷ the financial resources to support the greater effort required of the Union to implement the commitments made under the Paris Agreement.

The post-2020 Multiannual Financial Framework should direct the EU budget towards the achievement of the 2030 Agenda, by integrating the sustainability dimension more closely into the individual financing mechanisms.

The Juncker Plan on investment should be directed in this direction, together with cohesion policy, with the relevant Structural Funds, the European Agricultural Guidance and Guarantee Fund, the European Social Fund and the European Regional Development Fund⁷⁸; this policy, moreover, is particularly suited to achieving these objectives, since it is oriented by the objective of achieving systemic policies, articulated on the basis of their aims⁷⁹.

Cohesion policy could indeed play a key role in the construction of the new development model because it would make it possible to make available the financial resources needed to improve waste management and support the application of the hierarchy principle.

The current funding programme (2014-2020) makes new investments conditional on certain criteria to bring the waste management plans introduced by the Member States into line with the recycling targets established at European level⁸⁰.

European policies to change the current development paradigm should also be supported by a mobilisation of European civil society, called for at a specific conference on 22 and 23 May 2017, the European Economic and Social Committee, the consultative body of the Union.

The action approach suggested by the Committee is necessarily cross-cutting and systemic and identifies sustainable development as the most consistent vision with the European democratic tradition, of universal rights and the pursuit of social equity.

Progress achieved by European policies to this end, Moreover, they must be constantly communicated to European citizens and civil society must be involved in the *governance* and implementation of the objectives of the 2030 Agenda⁸¹.

⁷⁷ Regulation (EU) 2017/1601 of the European Parliament and of the Council of 26 September 2017

⁷⁸ Recently, for an important contribution on cohesion policy, see S. Cassese, *From development to cohesion. Current history and discipline of public intervention for underdeveloped areas*, in *Riv. Trim. Dir. pubbl.* 2018, 579, 2 ⁷⁹ For an analysis of the new Structural Funds see M. D'Amico, Design in Europe: techniques and tools for access and management of EU funding, Trento, Erickson, 2014, 58 ff.; P. Minardi, N. Cusumano, Cohesion policy and the Structural Funds, in Community funding, 2014-2020: strategy, management and reporting, edited by V. Vecchi, N. Cusumano, P. Minardi, Milano, Egea, 2015, 17 ss

⁸⁰ For example, funding for new landfills will only be offered in exceptional cases and funding for new waste treatment plants, such as incineration, will be made available only in limited and fully justified cases

⁸¹ The Sixth Framework Programme begins by highlighting the need for «greater accountability of citizens and stakeholders to the environment» and it foresees, contextually, that "a strategic approach is needed to induce the necessary changes in production and consumption patterns that affect the state of the environment and trends; to this end, it will be necessary to introduce new ways of interacting with the market, giving greater power to citizens»(recital 10).

In order for the EU to be able to give greater sustainability to its development model, will be essential to review other financial mechanisms, such as the Fiscal Compact.⁸²

In this regard, the suggestions made by the Final Report on the State and Perspectives of the European Union⁸³, drawn up by the Committee established by the Presidency of the Chamber of Deputies and presented there in February 2017, are valuable, to effectively combine an adequate response to environmental challenges with economic competitiveness and social inclusion⁸⁴.

In this context, it was suggested that the Juncker Plan should be extended to cover long-term social investments, in particular those in human capital, in order to increase the resilience of people and European civil society to the profound changes in working conditions, such as those stemming from technological innovation and the automation of production processes.⁸⁵

In addition, the rationale of the so-called budgetary « flexibility» ⁸⁶should be reviewed in order to give a key role to investment expenditure, qualified as such under the European System of National Accounts (Sec), which calculates the statistical aggregates necessary for the application of tax rules to those in social and human capital, in order to facilitate the transition to sustainable development.

At present, the Sec does not include expenditure on education and training as an investment. The Union's own decision-making procedures should be redirected towards achieving a more sustainable European model.

The same «European Semester» or the fiscal and economic policy coordination cycle aimed at «contributing to ensuring sound public finances, promoting economic growth, preventing excessive economic imbalances» should be reorganized, in its internal scans, according to this objective⁸⁷.

Among other things, this Semester currently confers on the Commission significant powers of direction and control to be exercised against Member States which could be used to guide them towards the introduction of reforms offering full implementation of the objectives of the Europe 2020 Strategy.

In this cycle, structural policies have, as a rule, become central, aimed at achieving greater economic growth and a lower deficit, while policies aimed at achieving the additional objectives of the 2030 Agenda have undoubtedly received less attention, in other words, those necessary to promote the sustainability of the European model.

This marginality could be rebalanced by refocusing the same modus pro of the European institutions during the Semester⁸⁸.

First of all, the Commission's Initiation Document for the Semester should cover all the different dimensions of sustainable development, including public investment and social policies.

In addition, the involvement of different strands of the European Council would be necessary to formulate the Recommendations concluding the process and to allow an integrated vision of individual policies and a valutation ex ante and ex post of their

⁸² This is how the European budgetary pact, formally the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, is described in non-technical language. This is an agreement approved by an international treaty on 2 March 2012 by 28 Member States

⁸³ This report was presented to the Chamber of Deputies on 27 February 2017 by a Committee of Wise Men set up by the President of the Camera.

⁸⁴ This Report proposed overcoming the separation between economic and social policies and the establishment of a Social Pact for 21st century Europe, aimed at strengthening the social market economy and, at the same time, promote its sustainability.

AMBIENTEDIRITTO	

impacts on sustainable development.

The second half of each year should also be used to analyse policy profiles not directly related to the budget each year, through the involvement of civil society on the policies necessary to promote the future sustainability of the European model; these preferential options, then, they should be placed as a necessary premise for the analysis with which the new programming cycle is introduced.

5. Some conclusive observations.

Finally, the new paradigm of the circular economy transcends the boundaries of the administrative action of mere waste management for the protection of the environment to include: in a holistic way, the whole industrial process of designing and producing goods and the associated social and training profiles; it is, therefore, an instrument of industrial policy, capable of guiding and attracting investment, generating value; it is therefore a model which cannot be confined to the shadow of environmental protection but which necessarily includes social profiles.

This is why we have tabled an amendment to this effect. The efficient use of resources must indeed be seen not only as an environmental objective but also as an objective of industrial competitiveness.

The conceptual centre of gravity within the new model is therefore no longer about environmental protection and whether it can be defined as a limit or, better still, as a factor of convergence with respect to economic growth, as it was in the prevailing scientific reflection on sustainable development.

The attention is, in this case, entirely internal to the dynamics of redefining a regenerated sustainable growth, where also action to protect the environment can be a factor of competitiveness, rather than compromise, of the economic efficiency.

The new model implies an integrated approach on different sides, both for the different sectors it invests, both for the multiplicity of instruments of action and policies it requires, and for the redefinition of, National and european, governance, which it

⁸⁵ Finally, it was hoped that common policies would be consolidated with regard to the transition to renewable energy sources and the redevelopment of urban centres and production facilities.

⁸⁶ On the flexibility needed in the Stability and Growth Pact, see the Commission Communication of 13 January 2015: «Making best of the flexibility within the exiting rules of the Stability and Growth pact», Commission interpretative communication on the existing budgetary flexibility spaces within the rules of the Stability and Growth Pact. The Commission's interpretation had a threefold objective: a) to take better account of the economic cycle; 2) to promote investment; 3) the implementation of structural Reforms.

⁸⁷ On the role assigned to the European Semester within the Europe 2020 Strategy see the European Commission, Europe 2020 strategy's budget for smart, sustainable and inclusive growth, Com (2014) 130 final, in particular 18ss. See also European Commission, Annual Growth Survey 2016. consolidating the recovery and promoting convergence, Com (2015) 690 final, 6.

see The process takes place in the first half of each year and is marked by the following stages: in January-February the Commission publishes the document «Annual Growth Survey» and makes a proposal on the economic policy of the euro area; of this the Countries will have to take into account in drawing up their economic policies of the following year; in March, the Council will discuss the proposal and formulate its conclusions, and so will Parliament. In April, the countries prepare their national stability programmes and national reform programmes, which outline the fiscal and development policies of growth and competitiveness. In May, the Commission evaluates the national programmes and presents draft country-specific recommendations. They are then discussed and approved by the Council so as to provide a guide for drawing up national budgets for the follow.

AMBIENTEDIRITTO

imposes both, finally, in the objectives to be achieved.

In fact, the multifaceted structure of the economic, social and political dimensions involved in the implementation of sustainable development has been very evident since the Brutland Report 1987 and persists in the Lisbon Treaty of 2007 (art. 3) and in the Agenda 2030.

It can be said, however, that in the new model the principle of integration takes on a more stringent and accentuated character, involving more of the means of action and organizational arrangements to put them into practice.

On the side of the instruments, the adoption of direct regulatory measures is accompanied by the use of economic and financial instruments (grants, certifications, tax incentives, Green Public procurement) aimed at influencing the willingness of companies to carry out production processes with a lower environmental impact in a differently calibrated balance of command and control and market instruments.

The same systemic and, at the same time, multidimensional approach will have to invest, within the national administrative system, the different public policies aimed at guiding the economic system in the direction of sustainability, covering both environmental, structural and budgetary policies.

In addition, effective coordination should be established between the public authorities involved in the design and implementation of these policies in order to promote the systemic structure of the various policies. The criterion contained in lett. l) of art. 15 of the Bill Delegate to the Government that contemplates the simplification of the administrative procedures, comprised those authorizing and normative.

To take on this role, the Union will have recourse to the strengthening of the emphasis given to the Commission in the «Europe 2020» Strategy through a rebalancing of the decision-making dynamics between States and the Union in favour of European *governance* and the evolution towards an increasingly *«community»* system.

Within the same Strategy, the different actions envisaged are, according to the Commission itself, marked by a close «interconnection and complementarity» So the results obtained in one area affect those of other sectors.

This will be possible if the Union can demonstrate a genuine political will to continue in the direction indicated by the Paris Agreement of 2015 and Agenda 2030, giving the times and processes of its policies the necessary impetus to face the historic environmental challenges that mark the present millennium without renouncing the growth of competitiveness and employment.

SOSTENIBILITÀ E MISURE FISCALI E FINANZIARIE DEL D.L. CLIMA^{*}

Antonio Felice Uricchio

Ordinario di Diritto Tributario - Università di Bari Aldo Moro

Giulia Chironi

Dottore di ricerca - Università di Bari Aldo Moro

Francesco Scialpi

Dottorando di ricerca - Università di Bari Aldo Moro

ABSTRACT

L'esigenza di far fronte, con celerità, all'emergenza climatica in atto – e alla crisi economica determinata dalla diffusione del COVID-19 – impone la necessità di definire una strategia nazionale "verde" che consenta il raggiungimento degli obiettivi assunti a livello comunitario ed internazionale. In un quadro in costante mutamento, il contributo analizza le misure fiscali del cd. d.l. *Clima* proponendo nuove forme di prelievo che possano orientare verso la transizione ecologica.

Climate emergency – and the economic crisis caused by COVID-19 – imposes the need of a "green" national strategy to achieve the objectives adopted by european and international institutions. In a constantly changing context, the contribution analyzes the so called Clima decree, proposing the adoption of circular taxation which is able to direct the ecological transition.

PAROLE CHIAVE	KEYWORDS
Emergenza climatica - fiscalità circolare -transizione ecologica	Climate emergency - circular taxation -ecological transition

^{*} I paragrafi 1, 2, 3, e 8 sono curati da Antonio Felice Uricchio, i paragrafi, 4 e 5 da Giulia Chironi i paragrafi, 6 e 7, da Francesco Scialpi.

AMBIENTEDIRITTO	

SOMMARIO: 1. "Sostenibilità" ambientale, transizione ecologica e economia circolare; - **2.** La cd. fiscalità circolare e gli Interventi a sostegno della green economy; - **3.** Incentivi per la mobilità sostenibile; - **4.** Nuovi strumenti fiscali e finanziari a tutela dell'ambiente; - **5.** Azioni per il contrasto dei cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria. L'istituzione delle zone economiche ambientali; - **6.** Disposizioni in tema d'infrazione ambientale, gestione dei rifiuti, cooperazione internazionale; - **7.** Adempimenti tributari e contributi previdenziali; - **8.** Conclusioni.

1. "Sostenibilità" Ambientale, transizione ecologica e economia circolare.

Il d.l. del 14 ottobre 2019 n. 111 (cd. *d.l. Clima*), convertito con modificazioni nella l. 12 dicembre 2019 n. 141, è stato adottato per fronteggiare l'emergenza climatica in coerenza con gli impegni derivanti dalla normativa europea¹, riguardanti, tra gli altri, gli obiettivi relativi alle emissioni nazionali di determinati inquinanti atmosferici e di quelli relativi alla qualità dell'aria (in relazione ai quali l'Unione europea ha aperto più procedure d'infrazione nei confronti dell'Italia). Il provvedimento si colloca all'interno del *Green New Deal europeo*², anche alla luce dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), nella consapevolezza dello stretto legame tra attività antropiche ed economiche, emissioni di CO₂ e innalzamento delle temperature del pianeta³.

L'espresso richiamo al concetto di sviluppo sostenibile⁴ (anche attraverso la nuova denominazione del CIPE, dal 1 gennaio 2021, Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile) dimostra l'attenzione per le

¹ Cfr. https://www.consilium.europa.eu/media/39914/a-new-strategic-agenda-2019-2024-en.pdf , recante le linee di azione per costruire un'Europa a impatto climatico zero, verde, equa e sociale, intensificando l'azione globale per il clima, al fine di pervenire, entro al 2050, alla cd. *neutralità climatica*.

² Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (UE) 2018/1999 - Legge europea sul clima, Bruxelles, COM(2020) 80 final, p. 1 secondo cui : "la comunicazione sul Green Deal europeo COM(2019) ha varato una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera che migliori la qualità di vita delle generazioni attuali e future, una società dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse. Il Green Deal europeo riafferma l'ambizione della Commissione di fare dell'Europa il primo continente climaticamente neutro entro il 2050". Cfr. anche Comunicazione 14 gennaio 2020, COM(2020) 21 final del 14 gennaio 2020.

³ La proposta di regolamento del Parlamento europeo cit. esprime "la nuova e più ambiziosa strategia dell'UE di adattamento ai cambiamenti climatici, il varo del patto europeo per il clima, la strategia industriale dell'UE per affrontare la duplice sfida della trasformazione verde e della trasformazione digitale, un nuovo piano d'azione a favore dell'economia circolare e una strategia in materia di finanza sostenibile anche per integrare in modo più sistematico la sostenibilità nella governance societaria".

⁴ Cfr . E. GIOVANNINI, L'utopia sostenibile, Bari, 2018; M. PENNASILICO, Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto, in Persona e mercato, 2015, 1, p. 37 ss., Id., Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni, in Rass. dir. civ., 2016, pag. 1291 ss., e ancora M. PENNASILICO (a cura di), Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, Atti del convegno, Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 287 ss. (da cui si citerà); I. ALOGNA, La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multidirezionale, in G. CERRINA FERONITE. FROSINI-L. MEZZETTI-P.L. PETRILLO (a cura di), Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile, I, 1, in cesifin.it, 2016, p. 145 ss.

AMBIENTEDIRITTO

nuove e trasversali sfide del futuro⁵, dando sostanza al modello c.d. di *economia circolare*, delineato sia dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (soprattutto con il documento "*Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*") che dall'Unione europea⁶. Come è noto⁷, per sviluppo sostenibile si intende un modello che consente di soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle future generazioni di far fronte a quelli che potranno insorgere.

In piena aderenza con l'etimo del verbo sostenere (tenere su), lo sviluppo si "tiene su" se dura nel tempo, senza danneggiare, compromettere o distruggere le risorse che impiega.

Ciò spiega la compenetrazione tra sostenibilità ambientale e altre declinazioni della sostenibilità come quella sociale, educativa, comportamentale e soprattutto finanziaria. In questa prospettiva, lo sviluppo sostenibile presuppone e ruota attorno a economia

⁵ Cfr. M. Magatti, *Cambio di paradigma, uscire dalla crisi pensando al futuro*, Milano, 2017, p. 105, secondo cui "sostenibilità ambientale significa tante cose: assunzione del vincolo ecologico per lo svolgimento delle attività economiche, ma anche nuovi stili di vita personale e nuovi modelli di organizzazione sociale (si pensi al tema della mobilità), qualità dell'aria che si respira, cura idrogeologica, del territorio, prevenzione antisismica, lotta allo spreco, efficienza energetica e coso via. ...Una seconda dimensione è la sostenibilità sociale e infine c'è la sostenibilità umana che a che fare con tre aspetti: uno demografico, uno generazionale e uno formativo. ". Conclude l'A: in questa accezione integrale, l'idea di sostenibilità è un atto di realismo economico. Essa, infatti, implica un ritorno a pensare economicamente, in un quadro cioè di risorse limitate (e non illimitate) come negli ultimi decenni, dentro una rete di relazioni di tipo ecologico, sociale, politico".

⁶ Decisione 1386/2013/UE su un programma generale di azione dell'Unione in materia di ambiente fino al 2020 «Vivere bene entro i limiti del nostro pianeta» nella quale era tra l'altro affermato che "L'Unione si prefissa di proteggere l'ambiente e la salute umana prevenendo o riducendo l'impatto negativo della produzione e della gestione dei rifiuti, riducendo gli impatti complessivi dell'uso delle risorse e migliorandone l'efficienza, mediante l'applicazione della seguente gerarchia dei rifiuti: prevenzione, preparazione per il riutilizzo, riciclaggio, recupero di altro tipo e smaltimento".

⁷ Nella normativa italiana il concetto di sviluppo sostenibile viene introdotto nel D. Lgs. 152 del 3 aprile 2006, art. 3 quater: 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 possibilità delle generazioni future. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, 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. Cfr. P.A. PILLITU, Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea, in P. Fois (cur.), Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente, Napoli, 2007, p. 219. A. MARZANATI, Lo sviluppo sostenibile, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi, Napoli, 2003, pp. 139 ss.; ID., La fraternità intergenerazionale: lo sviluppo sostenibile, in A. Marzanati, e A. Mattioni (a cura di), La fraternità come principio del diritto pubblico, Roma, 2007, pp. 127, ss.; L. Tafaro, Diritti umani oggi: sviluppo sostenibile e generazioni future, VI corso brasiliano interdisciplinare sui diritti Umani, Fortaleza, 2017, pag. 43, che rileva come sia necessario ripensare il diritto moderno, rinnovarlo e renderlo adeguato a garantire la sostenibilità dello sviluppo. L'Autore rileva pare che sono "tracciati i confini ulteriori di un innovato diritto civile, chiamato ad assolvere (accanto alla tradizionale funzione di garantire la pace sociale regolamentando i rapporti tra i privati) un compito non facile: assicurare uno sviluppo incentrato sulla persona umana, tutelare i diritti (di esistenza e di sviluppo) delle generazioni presenti e future e (la sopravvivenza) del pianeta, in considerazione del fatto che non siamo minacciati soltanto da forze distruttive per l'individuo e per la società, ma anche da forze distruttive per l'ambiente. Infatti, la società moderna sembra più minacciata dallo sviluppo insostenibile che dagli attacchi diretti alla libertà individuale".

AMBIENTEDIRITTO

circolare e transizione ecologica. La *green economy* appare peraltro foriera di grandi opportunità stimolando la modernizzazione del sistema produttivo, offrendo alle imprese la possibilità di realizzare vantaggi economici considerevoli e significativi risparmi di energia, favorendo l'innovazione sociale e industriale oltre a procurare vantaggi per i consumatori (risparmi di costi) e soprattutto per la salute e l'ambiente"⁸.

In questo senso, nel documento "l'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare", sono indicati cinque ambiti di azione ritenuti essenziali nella catena del valore di beni o servizi tra i quali la gestione dei rifiuti⁹, la progettazione, la produzione, il consumo e il mercato delle materie prime seconde¹⁰. La Commissione si è fatta inoltre promotrice di iniziative in materia di acquisti verdi (es. circular procurement negli appalti verdi della PA), di progettazione e packaging eco-compatibile; della prevenzione degli sprechi alimentari e del consumo equo e solidale; dell'ecolabbeling, dell'etichettatura verde e delle dichiarazioni ambientali; della trasparenza e della tracciabilità dei processi produttivi (life cycle assestment); del riutilizzo delle acque reflue e delle risorse idriche; etc. Particolare attenzione è stata dedicata, altresì alla cd. economia collaborativa, definita dalla Comunicazione della Commissione del 2 giugno 2016, COM(2016) 356 final, intitolata "Un'agenda europea per l'economia collaborativa"¹¹, " il complesso dei modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati"¹².

L'attuazione della *green economy*¹³ si intreccia a temi geopolitici anche connessi a situazioni di crisi¹⁴.

Proprio attraverso l'attenta attuazione della green economy gli Stati devono affrontare

⁸ Decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio del 26 maggio 2016 che detta le linee guida per il calcolo della percentuale di raccolta differenziata dei rifiuti urbani.

⁹ In particolare, con la Comunicazione del 25 settembre 2014, COM(2014) 398 final/2, intitolata "Verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti", la Commissione europea ha approfondito proposte che, coerentemente con i principi della c.d. gerarchia dei rifiuti, promuovono tecniche e politiche di riciclo e di riuso negli Stati membri e soprattutto intervengono sviluppando il principio di prevenzione e precauzione attraverso interventi sui cicli produttivi e di conservazione.

¹⁰ Nel dare attuazione a tale programma, la Commissione europea ha proposto il Regolamento del 17 marzo 2016, COM(2016) 157 final, che stabilisce norme relative alla messa a disposizione sul mercato di prodotti fertilizzanti recanti la marcatura CE e che modifica i regolamenti (CE) n. 1069/2009 e (CE) n. 1107/2009.

¹¹ Un recente disegno di legge parlamentare AC 3564, concernente la "Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione dei beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione", prevede: il "reddito da attività di economia della condivisione non professionale". Tale reddito, percepito dagli utenti operatori mediante la piattaforma digitale, è indicato in una specifica sezione della dichiarazione dei redditi. Per quanto concerne la tassazione, ai redditi fino a € 10.000 si applica una flat tax pari al 10%; i redditi superiori a €10.000 sono cumulati con i redditi da lavoro dipendente o da lavoro autonomo ed assoggettati alla progressività dell'IRPEF. D. Pellegrini, Sharing Economy, Perché l'economia collaborativa è il nostro futuro, Milano, 2017, p. 129-130.

¹² Come dichiarato dalla COM (2016) 356 final, la diffusione della *sharing economy* può incoraggiare la condivisione e l'utilizzo più efficiente delle risorse, contribuendo così alla transizione verso un'economia circolare strutturata in maniera responsabile.

¹³ Posto che, si definisce economia verde (*green economy*), o più propriamente economia ecologica, un modello teorico di sviluppo economico che prende origine da una analisi econometrica del sistema economico, dove oltre ai benefici (aumento del Pil) di un certo regime di produzione si prende in considerazione anche l'impatto ambientale (ovvero i potenziali danni ambientali prodotti dall'intero ciclo di trasformazione delle materia prime), l'economia verde ha il grande merito di includere la generazione di energia verde basata sull'energia rinnovabile come sostituto per i combustibili fossili e il risparmio energetico grazie all'efficienza energetica, nonché di creare lavori verdi, assicurando una crescita economica reale, sostenibile, prevenendo problematiche ambientali quali l'inquinamento ambientale, il riscaldamento globale, l'esaurimento delle risorse (minerarie ed idriche), e il degrado ambientale.

AMBIENTEDIRITTO	

tali sfide, promuovendo entro il 2030 l'accesso universale all'energia, mediante l'uso di fonti rinnovabili e la gestione sostenibile della stessa, fornendo opportunità e strumenti per giungere ad una gestione integrata delle risorse e promuovere inclusione, contrasto alle diseguaglianze e promozione dell'occupazione con i *green jobs*¹⁵.

2. La cd. fiscalità circolare e gli interventi a sostegno della green economy.

Il superamento graduale e inesorabile della crescita lineare fondato sul presupposto che le risorse sono abbondanti, accessibili ed eliminabili a basso costo e caratterizzato dal "prendi, produci, usa e getta" conduce al modello circolare, ad oggi ancora frenato da ostacoli culturali, burocratici¹⁶, normativi¹⁷.

In questo contesto, le misure di carattere fiscale appaiono essenziali per l'affermazione del modello della cd. *fiscalità circolare*, intesa come l'insieme dei tributi volti a disincentivare comportamenti non sostenibili (quali sprechi o inquinamento) e degli incentivi diretti a promuovere comportamenti sostenibili, anche attraverso aliquote ridotte (Iva o accise) per le produzioni che assicurino cicli di vita ai prodotti particolarmente duraturi, ovvero a quelle che limitano o azzerano la produzione di rifiuti, riducendo l'impiego di risorse scarse, migliorando i cicli di vita dei prodotti (le misure di carattere fiscale trovano la loro fonte nell'allegato IV bis della direttiva 851/2018/UE che prevede una serie di strumenti economici e altre misure incentivanti la transizione verso l'economia circolare).

Superare il modello della fiscalità lineare, indifferente rispetto alle dinamiche della spesa e sensibile a quelle del prelievo e del gettito, per approdare a quello della fiscalità circolare, significa apprezzare la dimensione promozionale del fisco, tassando lo scarto e favorendo il riuso e il riciclo, limitare la spesa pubblica improduttiva e clientelare, rimettere in moto lo sviluppo senza distruggere la ricchezza.

L'utilizzo di tributi ambientali sulle produzioni impattanti sull'ambiente e la natura ovvero sulla distruzione di risorse e il ricorso a ecoincentivi fiscali (tax expenditures),

¹⁴ Su tutti, la crisi dell'energia, la cui mancanza di accesso per gran parte della popolazione mondiale è la principale fonte di molti danni all'ambiente, oltre che condizione di aggravamento di povertà, nonché la scarsità di risorse idriche, a fronte di una sempre maggiore richiesta, ed infine la disoccupazione e l'emarginazione sociale, che ad oggi rimangono problemi irrisolti.

¹⁵ In riferimento a tale ultimo importante aspetto è da rilevare come un'economia verde crei opportunità generando nuovi posti di lavoro e spostando tali occasioni da aree che si basano su risorse non rinnovabili (ad esempio i combustibili fossili) ad altri settori quali l'industria del riciclo/riuso. A titolo esemplificativo, si consulti il report Green economy, la fiscalità ambientale leva per la crescita e lo sviluppo del 17 giugno 2014, dal quale già si evince come in Italia le tasse ambientali coincidono largamente con le tasse sui prodotti energetici (2,3% del PIL) e sui veicoli (0,7% del PIL). Sono inoltre previste tasse sull'inquinamento (emissioni SO2 e NOx) e sui conferimenti in discarica, parzialmente a livello locale. Le tasse sull'inquinamento rappresentano tuttavia una quota marginale delle entrate ambientali. Il gettito delle imposte sui prodotti energetici è in generale il risultato dell'applicazione di differenti aliquote a seconda della tipologia dei prodotti e dell'utilizzo al quale essi sono destinati (autotrazione, riscaldamento, usi agricoli, combustione).

¹⁶ A tale fine è stata insediata una commissione presso il ministero dell'ambiente con compiti di studio in materia di semplificazione normativa. A livello comunitario, si veda *Accordo interistituzionale «legiferare meglio» tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea* del 13 aprile 2016, G.U. L. 23 del 12.5.2016.

¹⁷ Particolare rilevanza assume altresì la delicata questione della "cessazione della qualifica di rifiuto" di materie trasformate (*End of Waste*) con riguardo alla quale occorre attendere il recepimento auspicabilmente rapida della Direttiva rifiuti 851/2018.

danno compiutezza al modello dell'economia circolare, con una forte spinta propulsiva allo sviluppo e all'efficiente allocazione delle risorse. La fiscalità ambientale, quale fulcro di un nuovo sistema impositivo, può muoversi su due versanti: uno "negativo" attraverso la tassazione della causa dello spreco o dell'inquinamento, uno "positivo" tramite la concessione di agevolazioni fiscali per incentivare l'innovazione di prodotto e di processo a favore dello sviluppo sostenibile.

Sul piano normativo, dopo l'art. 15 della legge delega di riforma fiscale 23/2014, rimasto inattuato, vanno segnalati i provvedimenti c.d di *industria 4.0* tra i quali anche quelli riguardanti la promozione di tecnologie ambientali (per il riuso e il riciclo dei prodotti, per i sistemi per il risparmio energetico, per gli impianti di raccolta e smaltimento) attraverso incentivi all'acquisto di beni strumentali per l'innovazione ambientale (super ammortamento al 250%), agevolazioni in favore delle PMI innovative (credito d'imposta per la ricerca interna al 50%) e detrazione (30%) per i nuovi investimenti, mobilità sostenibile, messa in sicurezza del territorio e del patrimonio immobiliare, *ecobonus*, detrazioni per le spese per riqualificazione energetica. Pur se implementato dai recenti decreti COVID (in particolare il cd. *rilancia Italia*), il quadro complessivo delle politiche fiscali per l'ambiente sembra ancora da comporre soprattutto se confrontato con altri Paesi europei ¹⁸) dove sono stati sperimentati tributi ambientali nuovi e interessanti (es. la *Landfill tax* inglese, le imposte sulle risorse scarse, ecc.) ¹⁹.

In tale prospettiva, la transizione ecologica deve essere perseguita con forza, accedendo pienamente e compiutamente alla dimensione promozionale, meritocratica e premiale del fisco e con un sistema che abbracci la dimensione legislativa-regolatoria, amministrativa²⁰, tecnica e scientifica. In questo contesto si colloca il d. l. n. 111 del 14 ottobre 2019, come convertito con la l. n.141 del 12 dicembre 2019 che intende contrastare alla fonte l'emissione di inquinanti²¹ nonché di individuare e attuare le più efficaci misure di riduzione delle emissioni al fine di tutelare la salute umana e

¹⁸ Per maggiori approfondimenti, si rinvia al mio contributo, *Italia, le politiche tributarie in materia ambientale*, in *La fiscalità ambientale in Europa e per l'Europa*, Bari, 2016, pag. 468.

¹⁹ Come rileva T. Rosembuj, Climate Change and the New Green Deal in Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, F. 4, 2019, p. 18: "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".

²⁰ In questo senso, si esprime in modo opportuno il Rapporto OCSE del 2016 "*Policy Guidance on Resource Efficiency*" secondo il quale gli strumenti di natura precettiva e di incentivazione devono combinarsi e intrecciarsi tra loro, considerando altresì gli aspetti di efficacia ambientale, efficienza economica, incentivi all'innovazione, costi amministrativi di adempimento per le imprese e pubblica amministrazione, impatti redistribuitivi e sulla competitività. Un sistema multiforme, caratterizzato da interventi di diversa natura, appare, infatti, economicamente efficace e più efficiente di ogni strumento considerato isolatamente per far fronte ad una questione poliedrica quale quella ambientale.

²¹ Sulla necessità di coniugare diritti dell'uomo e natura, cfr., ampiamente, C. Culliman, *I diritti della natura*, (ed. it), Prato, 2012.; L. Mezzetti, *La costituzione dell'ambiente nel diritto comparato: modelli normativi, organizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, in L. Mezzetti, (a cura di), *I diritti della natura. Paradigmi di giuridificazione dell'ambiente nel diritto pubblico comparato*, Padova, 1997.

AMBIENTEDIRITTO	

l'ambiente²², in piena aderenza con quanto sancito dalla Direttiva 2008/50/CE²³ e più recentemente con il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima²⁴.

Oltre a misure di natura fiscale, il decreto prevede l'istituzione presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare di uno specifico fondo denominato Programma #iosono Ambiente proprio al fine di avviare campagne di sensibilizzazione sulle questioni ambientali e di spiegare le possibiliazioni di contrasto e adattamento ai cambiamenti climatici²⁵ con una dotazione di 2 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022.

3. Incentivi per la mobilità sostenibile.

Per dare una risposta concreta all'esigenza di ridurre le emissioni inquinanti e di

In tema di tutela ambientale, S. Cannizzaro, Spunti di riflessione sulla possibile introduzione di aliquote Iva ridotte per beni e servizi "verdi", in V. Ficari (a cura di), I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente, Roma, 2018, p. 163; S. Cipollina, Osservazioni sulla fiscalità ambientale nella prospettiva del federalismo fiscale, in Antonini L. (a cura di) L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale, Napoli, 2010, p. 90; P. Fois, Il diritto ambientale nell'ordinamento dell'Unione europea, in G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, (a cura di), Diritto ambientale: profili internazionali, europei e comparati, Torino, 2008; S. Dorigo, La nozione di ambiente ed il ruolo della fiscalità per la sua tutela, in S. Dorigo – P. Mastellone, La fiscalità per l'ambiente. Attualità e prospettive della tassazione ambientale, Roma, 2013, p. 137-138.; F. Fracchia, La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà, in L. Antonini (a cura di), L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale, 2010, p. 20; P. Maddalena, L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente, in Federalismi.it, 2010, 9, pp.1 ss.

²³ Cfr. Direttiva 2008/50/Ce relativa alla qualità dell'aria ambiente e per un'aria più pulita in Europa.

²⁴ Il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) - Ministero per lo sviluppo economico, dicembre 2019 - intende concorrere a un'ampia trasformazione dell'economia, nella quale la decarbonizzazione, l'economia circolare, l'efficienza e l'uso razionale ed equo delle risorse naturali rappresentano insieme obiettivi e strumenti per un'economia più rispettosa delle persone e dell'ambiente, in un quadro di integrazione dei mercati energetici nazionale nel mercato unico e con adeguata attenzione all'accessibilità dei prezzi e alla sicurezza degli approvvigionamenti e delle forniture. [...] L'Italia intende accelerare la transizione dai combustibili tradizionali alle fonti rinnovabili, promuovendo il graduale abbandono del carbone per la generazione elettrica a favore di un mix elettrico basato su una quota crescente di rinnovabili e, per la parte residua, sul gas. La concretizzazione di tale transizione esige ed è subordinata alla programmazione e realizzazione degli impianti sostitutivi e delle necessarie infrastrutture. [...] Gli obiettivi generali perseguiti dall'Italia consistono nell'accelerare il percorso di decarbonizzazione, considerando il 2030 come una tappa intermedia verso una decarbonizzazione profonda del settore energetico entro il 2050 e integrando la variabile ambiente nelle altre politiche pubbliche; nel mettere il cittadino e le imprese (in particolare piccole e medie) al centro, in modo che siano protagonisti e beneficiari della trasformazione energetica e non solo soggetti finanziatori delle politiche attive; ciò significa promozione dell'autoconsumo e delle comunità dell'energia rinnovabile, ma anche massima regolazione e massima trasparenza del segmento della vendita, in modo che il consumatore possa trarre benefici da un mercato concorrenziale; nel favorire l'evoluzione del sistema energetico, in particolare nel settore elettrico, da un assetto centralizzato a uno distribuito basato prevalentemente sulle fonti rinnovabili.

²⁵ Sul punto, art. 1 ter: il fondo denominato «Programma #iosonoAmbiente» con una dotazione di 2 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022, è destinato a finanziare progetti, iniziative, programmi e campagne, ivi comprese le attività di volontariato degli studenti, finalizzati alla diffusione dei valori della tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, nonché alla promozione di percorsi di conoscenza e tutela ambientale, nell'ambito delle tematiche individuate dall'articolo 3 della legge 20 agosto 2019, n. 92, sull'insegnamento dell'educazione civica. Nell'ambito delle suddette attività, le scuole di ogni ordine e grado, in forma singola o associata, possono presentare al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca proprie proposte progettuali coerenti con il Piano triennale dell'offerta formativa.

tutelare la qualità dell'aria, l'art. 2 del decreto clima interviene con specifiche misure incentivanti in favore dell'attuazione della mobilità sostenibile, in particolare nelle aree metropolitane più esposte all'inquinamento, prevedendo l'istituzione del fondo Programma Sperimentale Buono Mobilità presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare con dotazioni diversificate per i vari anni – dal 2019 al 2024²⁶ – al cui onere si provvederà mediante corrispondente utilizzo per ciascun anno di quota parte dei proventi delle aste delle quote di emissione di CO₂. In tal modo è riconosciuto un «buono mobilità»²⁷ pari ad euro 1.500 per ogni autovettura e ad euro 500 per ogni motociclo rottamati da utilizzare, entro i successivi tre anni, per l'acquisto, anche a favore di persone conviventi, di abbonamenti al trasporto pubblico locale e regionale nonché di biciclette anche a pedalata assistita e di veicoli per la mobilità personale a propulsione prevalentemente elettrica o per l'utilizzo dei servizi di mobilità condivisa a uso individuale. È importante evidenziare come tale forma di incentivo non costituisca reddito imponibile del beneficiario e non rilevi ai fini del computo del valore dell'indicatore della situazione economica equivalente.

Il quadro degli strumenti incentivanti finalizzati a limitare l'inquinamento dell'aria è completato da specifica previsione in favore del trasporto scolastico sostenibile, con una spesa di 10 milioni di euro negli anni 2020 e 2021, per finanziare gli investimenti necessari alla realizzazione di progetti sperimentali per la realizzazione o l'implementazione del servizio di trasporto scolastico per i bambini della scuola dell'infanzia statale e comunale e per gli alunni delle scuole statali del primo ciclo di istruzione con mezzi di trasporto ibridi o elettrici, selezionati dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare in base all'entità del numero di

²⁶ Per espressa disposizione dell'art. 2 in commento, fondo Programma Sperimentale Buono Mobilità avrà una dotazione pari a euro 5 milioni per l'anno 2019, euro 70 milioni per l'anno 2020, euro 70 milioni per l'anno 2021, euro 55 milioni per l'anno 2022, euro 45 milioni per l'anno 2023 e euro 10 milioni per l'anno 2024, per le finalità di cui al presente comma. Al relativo onere si provvede mediante corrispondente utilizzo, per ciascuno degli anni 2019, 2020, 2021, 2022, 2023 e 2024 di quota parte dei proventi delle aste delle quote di emissione di CO2 di cui all'articolo 19 del decreto legislativo 13 marzo 2013, n. 30, destinata al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, versata dal Gestore dei servizi energetici (GSE) ad apposito capitolo del bilancio dello Stato, che resta acquisita definitivamente all'erario. La disposizione in commento è stata modificata da ultimo dal recente Decreto Rilancio che all'art. 229 prevede specifiche misure per incentivare la mobilità sostenibile. In particolare, per l'anno 2020 è prevista una dotazione pari a 120 milioni di euro in luogo dei 70 milioni originariamente previsti.

²⁷ Il buono di mobilità è riconosciuto ai residenti nei comuni interessati dalle procedure di infrazione comunitaria n. 2014/2147 del 10 luglio 2014 e n. 2015/2043 del 28 maggio 2015 per la non ottemperanza dell'Italia agli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE che rottamano, dal 1° gennaio 2021 al 31 dicembre 2021, autovetture omologate fino alla classe Euro 3 o motocicli omologati fino alla classe Euro 2 ed Euro 3 a due tempi: il "buono mobilità", cumulabile con quello previsto al terzo periodo, è "pari ad euro 1.500 per ogni autovettura e ad euro 500 per ogni motociclo rottamati da utilizzare, entro i successivi tre anni, per l'acquisto, anche a favore di persone conviventi, di abbonamenti al trasporto pubblico locale e regionale, nonché di biciclette anche a pedalata assistita, e di veicoli per la mobilità personale a propulsione prevalentemente elettrica di cui all'articolo 33- bis del decreto - legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8 o per l'utilizzo dei servizi di mobilità condivisa a uso individuale". Tra le modifiche apportate dal Decreto Rilancio un ruolo significativo ha la modifica dell'art.2, co. Il terzo periodo, del D.L. 111/2019 che prevede un buono mobilità per i residenti maggiorenni nei capoluoghi di Regione, nelle Città metropolitane, nei capoluoghi di Provincia ovvero nei Comuni con popolazione superiore a 50.000 abitanti, pari al 60 per cento della spesa sostenuta e, comunque, in misura non superiore a euro 500 (dal 4 maggio 2020 e fino al 31 dicembre 2020) per l'acquisto di biciclette, anche a pedalata assistita, nonché di veicoli per la mobilità personale a propulsione prevalentemente elettrica ovvero per l'utilizzo dei servizi di mobilità condivisa a uso individuale esclusi quelli mediante autovetture. Tale buono mobilità può essere richiesto per una sola volta ed esclusivamente per una delle destinazioni d'uso previste.

AMBIENTEDIRITTO

studenti coinvolti e alla stima di riduzione dell'inquinamento atmosferico.

Anche in questo caso, al relativo onere si provvederà mediante corrispondente utilizzo di quota parte dei proventi delle aste delle quote di emissione di CO_2^{28} . Tra di essi i c.d. *Emission Trading* (ET)²⁹, più specificatamente un sistema *cap&trade* che consente ai Paesi industrializzati di commerciare le emissioni tra loro, cioè di trasferire i propri diritti di emissione eccedenti o di acquistare quelli di un altro Stato³⁰.

Lo scambio di quote di emissione³¹ rappresenta, quindi, una modalità di controllo dell'inquinamento, alternativa al sistema classico *command and control*, ossia di imposizione da parte delle autorità di determinate tecnologie e *standard* di qualità ambientale³².

²⁸ Si veda al riguardo il Protocollo di Kyoto, entrato in vigore il 16 febbraio 2005 e sottoscritto l'11 dicembre 1997 nell'ambito della Conferenza COP3 della Convenzione quadro delle Nazioni Unite per la riduzione dei gas responsabili dell'effetto serra, il quale impegna i Paesi sottoscrittori ad una riduzione quantitativa delle proprie emissioni di gas ad effetto serra in percentuale diversa da Stato a Stato: per fare questo le Parti sono tenute a realizzare un sistema nazionale di monitoraggio delle emissioni ed assorbimenti di gas ad effetto serra ("Inventario Nazionale delle emissioni e degli assorbimenti dei gas a effetto serra") da aggiornare annualmente, insieme alla definizione delle misure per la riduzione delle emissioni stesse. Il Protocollo non si è limitato ad enunciare gli obiettivi, ma si è preoccupato di indicare agli Stati gli strumenti opportuni da adottare, rappresentando, pertanto, il primo tentativo di concertare un insieme di misure atte a ridurre il livello globale delle emissioni di gas a effetto serra . Esso riguarda anche il surriscaldamento sui cambiamenti climatici (UNFCCC), enuncia fondamentali impegni generali, quali il miglioramento dell'efficienza energetica; la correzione delle imperfezioni del mercato (attraverso incentivi fiscali e sussidi); la promozione dell'agricoltura sostenibile; la riduzione delle emissioni nel settore dei trasporti; l'informazione a tutte le altre Parti sulle azioni intraprese (cd "comunicazioni nazionali").

²⁹ Sul punto, come rileva T. Rosembuj, Climate Change and the New Green Deal in Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it, F. 4, 2019, p. 15: "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 [...] 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". Si veda inoltre P. de' Capitani di Vimercate, L'emission trading scheme: aspetti contabili e fiscali, in Diritto e Pratica Tributaria, 2010, 15.

³⁰ Nello specifico, per attuare il meccanismo dello scambio di quote di emissione, è predisposto un sistema nel quale ogni Stato membro fissa il c.d. cap, quantitativo massimo di emissioni di anidride carbonica approvato dalla Commissione europea. Una volta definite tali quote, queste vengono attribuite dallo Stato ai soggetti autorizzati "ad emettere gas ad effetto serra", che pertanto possono emettere quantitativi di Co2 fino al limite fissato. In tal modo si determina un sistema per il quale i soggetti autorizzati mettono sul mercato quantitativi di quote valutati sulla base dell'andamento delle proprie emissioni.

³¹ L'utilizzo di strumenti economici in campo ambientale incentiva gli inquinatori a ridurre i rischi ambientali e per la salute umana causati dalle proprie attività: da un alto, forniscono incentivi monetari o quasi – monetari ad inquinare meno, dall'altro, impongono costi di vario tipo in caso di aumento dell'inquinamento prodotto. Diversamente, in presenza del tradizionale approccio regolamentare, gli inquinatori non hanno praticamente alcun incentivo a ridurre ulteriormente l'inquinamento prodotto una volta che hanno soddisfatto i limiti previsti dalla legge. Cfr. V. Jacometti , *Lo scambio di quote di emissione*, Torino, 2010, p.10, l'efficienza economica è la capacità di raggiungere un dato obiettivo al minor costo per la collettività. Riconosciuta l'impossibilità per il regolatore di definire gli strumenti ottimali sarebbe possibile mantenere il risultato di efficienza statica degli strumenti adottando un approccio sub ottimale.

³² Data l'importanza che l'Unione Europea attribuisce a tale specifico strumento, esso trova riconoscimento anche nella Direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 2003, finalizzata ad istituire un

AMBIENTEDIRITTO	

4. Nuovi strumenti fiscali e finanziari a tutela dell'ambiente.

Il decreto clima prevede inoltre l'istituzione del Fondo Programma sperimentale *Mangiaplastica* al fine di contenere la produzione di rifiuti in plastica attraverso l'utilizzo di eco-compattatori, con una dotazione pari a euro 2 milioni per l'anno 2019, euro 7 milioni per l'anno 2020, euro 7 milioni per l'anno 2021, euro 5 milioni per l'anno 2022, euro 4 milioni per l'anno 2023 ed euro 2 milioni per l'anno 2024.

Ai relativi oneri³³ si provvede mediante corrispondente riduzione delle risorse di cui all'articolo 1, comma 476, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, che a sua volta aveva istituito un fondo con una specifica dotazione destinata ai siti di interesse nazionale per i quali sia necessario provvedere con urgenza al corretto adempimento degli obblighi europei. I Comuni interessati a tale Programma devono presentare al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare specifici progetti finalizzati all'acquisto di eco-compattatori: in tal modo possono ottenere un contributo, corrisposto sino ad esaurimento delle relative risorse, purché sia rispettato il limite di uno per Comune ovvero di uno ogni 100.000 abitanti.

Accanto alle misure promozionali indirizzate ai Comuni, il decreto si rivolge anche ai privati adottando peculiari iniziative per incentivare la vendita di prodotti sfusi o alla spina, riducendo la produzione di rifiuti e contenendo gli effetti climalteranti.

In applicazione dell'art.7, è riconosciuto in via sperimentale un contributo economico agli esercenti commerciali di vicinato e di media e grande struttura che attrezzano spazi dedicati alla vendita di prodotti alimentari e detergenti sfusi o alla spina ovvero per l'apertura di nuovi negozi che prevedano esclusivamente la vendita di prodotti sfusi.

Il contributo corrisposto è a fondo perduto ed è pari alla spesa sostenuta e documentata purché siano rispettate due condizioni: la cifra massima è di 5.000 euro, erogata secondo l'ordine di presentazione delle domande ammissibili, nel limite complessivo di 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020 e 2021 sino ad esaurimento delle predette risorse³⁴; il contenitore offerto dall'esercente deve essere riutilizzabile e rispettare la normativa vigente in materia di materiali a contatto con alimenti.

Quanto esaminato trova pieno riscontro, da ultimo, nella legge n.160 del 27 dicembre 2019 con cui all'art. 1 comma 634 viene istituita l'imposta sugli imballaggi di plastica monouso, cd. *plastic tax*, con la finalità di arginare la crescente produzione di imballaggi e contenitori monouso di materie plastiche e la conseguente dispersione degli stessi

sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità per promuovere la riduzione di dette emissioni secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica. Successivamente le disposizioni in oggetto sono state modificate, in modo da ottenere una disciplina ancora più specifica, con la Direttiva 2009/29/CE che, nello specifico, ha previsto che le riduzioni delle emissioni di gas serra aumentino al fine di contribuire ai livelli di abbattimento ritenuti necessari nonché un impegno più rigoroso della Comunità in materia di riduzioni.

³³ L'art. 4 *quinques* stima gli oneri richiesti nelle somme pari a pari a euro 2 milioni per l'anno 2019, euro 7 milioni per l'anno 2020, euro 7 milioni per l'anno 2021, euro 5 milioni per l'anno 2022, euro 4 milioni per l'anno 2023 ed euro 2 milioni per l'anno 2024.

³⁴ Art. 7 comma 3: agli oneri derivanti dall'attuazione del comma 1, pari a 20 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020 e 2021, si provvede mediante riduzione delle proiezioni dello stanziamento del fondo speciale di conto capitale iscritto, ai fini del bilancio triennale 2019-2021, nell'ambito del programma «Fondi di riserva e speciali» della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2019, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

AMBIENTEDIRITTO	

nell'ambiente. Come emerge dalla relazione illustrativa del disegno della legge di bilancio per il 2020, il tributo di nuova istituzione segna un passo importante nella fiscalità ambientale in quanto caratterizzato dalla prevalenza della finalità extrafiscale, coincidente con l'esigenza di limitare o prevenire i danni all'ambiente, su quella fiscale di procurare entrate.

Da ciò è riconducibile alla categoria dei tributi disincentivanti, avendo prevalentemente la finalità di contrastare condotte impattanti sull'ambiente, correggendo i comportamenti sia degli individui che delle imprese: lo scopo, diverso da quello di procurare entrate, può atteggiarsi in modo diverso, potendo essere compenetrato nella fattispecie imponibile (imposte di scopo in senso proprio) ovvero rimanendone estraneo e assumendo rilevanza solo in sede di destinazione del gettito (imposte di scopo in senso improprio).

In tal senso la *plastic tax* può essere ricondotta tra i tributi di scopo in senso proprio di natura disincentivante colpendo condotte idonee a generare effetti dannosi sull'ambiente e costituendo un primo strumento nella direzione del rafforzamento di modelli di prelievo di natura correttiva e comportamentale nella valorizzazione del c.d. *fisco promozionale*.

In conclusione, il ricorso a misure fiscali può risultare preferibile rispetto a divieti di natura amministrativa o penale, orientando consumi e produzioni, stimolando la ricerca scientifica e reperendo risorse che possano essere reimpiegate per fini ambientali, anche finanziando ecoincentivi per incoraggiare l'industria a sostituire la plastica, a limitarne l'uso o a renderla degradabile ovvero a promuovere il riciclo³⁵.

5. Azioni per il contrasto dei cambiamenti climatici e il miglioramento della qualità dell'aria. L'istituzione delle zone economiche ambientali.

Il decreto in esame , inizialmente composto da 9 articoli – e che a seguito delle modifiche in sede di conversione risulta composto da 18 articoli – reca agli artt. 4, 4-bis e 4-ter , misure specifiche per la lotta al cambiamento climatico e per il miglioramento della qualità dell'aria.

L'articolo 4 – rubricato *Azioni per la riforestazione* – prevede, in coerenza con le disposizioni di cui al d. lgs. 3 aprile 2018, n. 34 (*Testo unico in materia di foreste*)³⁶, il finanziamento di un programma sperimentale di 15 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020 e 2021 "di messa a dimora di alberi, ivi compresi gli impianti arborei da legno di ciclo medio e lungo, purché non oggetto di altro finanziamento o sostegno pubblico, di reimpianto e di silvicoltura, e per la creazione di foreste urbane e periurbane, nelle città metropolitane".

³⁵ Per una trattazione più completa, Uricchio A.F., Fiscalità alimentare e circolare: problemi e opportunità a seguito dell'introduzione di Sugar tax e plastic tax, in Riv. diritto agroalimentare, 2020. Sul punto, cfr. V. Cavanna, Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il Rapporto "Signals 2014" dell'Agenzia europea dell'ambiente, in Riv. giur. amb., 2014, 821 ss.; F. De Leonardis, I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione, in G. Rossi (a cura di), Diritto dell'ambiente, Torino, 2015, p. 308 ss.

³⁶ Si veda al riguardo, l'art. 2, comma 1, lett. d), d. lgs. 3 aprile 2018, n. 34 – *Testo unico in materia di foreste e filiere forestali* – individua, tra le finalità perseguite, la protezione della "foresta, "attraverso la promozione di azioni di prevenzione da rischi naturali e antropici, di difesa idrogeologica, di difesa dagli incendi e dalle avversità biotiche ed abiotiche, di adattamento al cambiamento climatico, di recupero delle aree degradate o danneggiate, di sequestro del carbonio e di erogazione di altri servizi ecosistemici generati dalla gestione forestale sostenibile".

Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. clima, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare è chiamato a definire le modalità per la progettazione degli interventi da parte delle città metropolitane", ivi compresa ogni successiva e/o eventuale variazione degli interventi e di riparto delle risorse; a seguito della presentazione dei programmi operativi – e dei relativi costi – individuati da parte di ciascuna Città metropolitana, il Ministero dell'ambiente – sulla base di apposite istruttorie effettuate dal Comitato per lo sviluppo del verde pubblico approva almeno un progetto. Introdotti poi, tra i criteri per l'affidamento della realizzazione delle opere, "la pulizia, la manutenzione e il rimboschimento delle fasce ripariali e delle aree demaniali fluviali con relativo piano di manutenzione" ³⁷, sebbene resti in capo alle autorità competenti l'onere di garantire il raccordo con la pianificazione e la programmazione delle misure e degli interventi per la sicurezza idraulica di competenza delle Autorità di bacino distrettuale nonché l'obbligo, qualora non ritenuto necessario il rimboschimento per prevenire il rischio idrogeologico, di motivare il mancato affidamento. Considerevoli, infine, le indicazioni fornite in materia di:

gestione del demanio fluviale e programmazione degli interventi di contrasto al dissesto idro-geologico: le autorità competenti possono affidare, nel rispetto della disciplina in materia di contratti pubblici³⁸, le "attività di rimboschimento delle fasce ripariali e delle aree demaniali fluviali" agli imprenditori agricoli organizzati in forma singola o associata;

"bosco vetusto": integrato il *Testo unico forestale*³⁹ con la definizione di "bosco vetusto" e la previsione di linee guida per l'identificazione delle aree definibili come "boschi vetusti";

salvaguardia della biodiversità: alle regioni e alle province autonome è affidato, senza che ciò comporti nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, "il compito di favorire il rilascio in bosco di alberi da destinare all'invecchiamento a tempo indefinito;

criticità idraulica: nelle aree interessate da elevata pericolosità idraulica è vietato, dal primo gennaio 2020, l'incremento "delle attuali quote di impermeabilizzazione del suolo".

Allo stesso modo, nel contrasto del dissesto idrogeologico nelle aree interne e marginali del Paese, l'articolo 4-bis istituisce, nello stato di previsione del Ministro delle politiche agricole, un Fondo – la cui dotazione⁴⁰ sarà pari ad 1 milione di euro per il 2020 e a 2 milioni di euro per il 2021 – volto ad incentivare, nel rispetto delle condizioni previste dal decreto del Ministro delle politiche agricole⁴¹ e dal regolamento (UE) n.

³⁷ Secondo l'art 4, comma 4, della 1. 12 dicembre 2019, n. 141: "Laddove ritenuto necessario per prevenire il rischio idrogeologico".

³⁸ Cfr. d. lgs.18 aprile 2016, n. 50 - Codice dei contratti pubblici.

³⁹ Cfr. artt. 3 e 7, d. lgs. 3 aprile 2018, n. 34.

⁴⁰ Secondo l'art 4-bis, comma 3, della 1. 12 dicembre 2019, n. 141: "Agli oneri derivanti dall'attuazione del presente articolo, pari a 1 milione di euro per l'anno 2020 e a 2 milioni di euro per l'anno 2021, si provvede mediante corrispondente riduzione delle proiezioni dello stanziamento del fondo speciale di parte corrente iscritto, ai fini del bilancio triennale 2019-2021, nell'ambito del programma «Fondi di riserva e speciali» della missione «Fondi da ripartire» dello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze per l'anno 2019, allo scopo parzialmente utilizzando l'accantonamento relativo al Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo". Ad ogni buon conto, a norma del comma 5 del medesimo articolo, il Ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato "ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio".

⁴¹ Le condizioni, i criteri e le modalità di ripartizione delle risorse del Fondo è demandata – come riferisce l'art 4-bis, comma 2, della 1. 12 dicembre 2019, n. 141 – ad un decreto del Ministro delle politiche agricole, d'intesa con il

А	MBIENTEDIRITTO

1408 del 2013⁴², interventi di messa in sicurezza, manutenzione del suolo e rimboschimento attuati dalle imprese agricole e forestali.

Particolarmente controversa è, sotto il profilo strutturale e fiscale, la previsione, introdotta nel corso dell'esame in Senato, di cui all'art. 4-ter e rubricata *Misure per contrastare i cambiamenti climatici e migliorare la qualità dell'aria nelle aree protette nazionali e nei centri urbani*: l'iniziativa – con la quale si intende: a) accrescere l'apporto delle aree naturalistiche a livello nazionale al contenimento delle emissioni climalteranti; b) assicurare il rispetto dei limiti di emissione fissati dalla direttiva 2008/50/CE; c) favorire gli investimenti finalizzati al contrasto ai cambiamenti climatici, all'efficientamento energetico, all'economia circolare, alla protezione della biodiversità e alla coesione sociale e territoriale; d) sostenere la cittadinanza attiva dei residenti – prevede l'istituzione, nel territorio di ciascun parco nazionale, di una Zona Economica Ambientale (ZEA).

Riprendendo nei tratti essenziali lo schema agevolativo proposto all'interno delle Zone Economiche Speciali (ZES)⁴³, nel limite delle risorse disponibili a legislazione vigente e nel rispetto delle norme europee degli aiuti di stato, nelle ZEA sono previste forme di sostegno alle imprese, nuove o esistenti, che avviano un programma di attività economiche imprenditoriali, o di investimenti di natura incrementale, compatibili con l'ambiente. In particolare, tali agevolazioni, come per le ZES⁴⁴, potranno essere utilizzate a patto che le imprese beneficiarie – non in liquidazione o scioglimento – mantengano la loro attività nell'area ZEA per almeno 7 anni dopo che si sia concluso l'investimento oggetto delle agevolazioni⁴⁵: trattasi, in sostanza, di destinare una parte dei proventi⁴⁶ delle quote di CO² per gli anni 2020, 2021 e 2022 alle micro, piccole e medie imprese che svolgono attività eco-compatibili e che hanno sede legale e operativa nei Comuni aventi almeno il 45% della propria superficie compreso all'interno di una ZEA.

Ministro dell'ambiente e sentita la Conferenza unificata.

⁴² Cfr. art. 107 e 108 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), con riguardo alla disciplina degli aiuti *de minimis* nel settore agricolo.

⁴³ Sul punto, si consenta il rinvio a F. Scialpi, *La dimensione turistica e fiscale delle ZES*, in (Aa.Vv.), *La fiscalità del turismo*, A.Uricchio – G.Selicato (a cura di), Bari, 2020.

⁴⁴ Sulla natura "non fiscale" del credito d'imposta ZES, cfr. P. Barabino, *Contributo allo studio delle zone franche nel diritto tributario*, Torino, 2018, p.99.

⁴⁵ Cfr. art. 19, d. lgs. 13 marzo 2013, n. 30 e, in particolare, il comma 6, lettere a), b), d), d)-bis e h). Le attività beneficiarie dovranno perseguire le finalità di cui alla legge 6 dicembre 1991, n. 394 - *Legge quadro sulle aree protette*.

⁴⁶ Secondo l'art 4-ter, comma 3, della 1. 12 dicembre 2019, n. 141: "Nell'ambito dei progetti finanziati ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo 13 marzo 2013, n. 30, una quota dei proventi delle aste di competenza del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare per gli anni 2020, 2021 e 2022 è destinata al rifinanziamento del fondo per le esigenze di tutela ambientale connesse al miglioramento della qualità ambientale dell'aria e alla riduzione delle emissioni di polveri sottili in atmosfera nei centri urbani, di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 21 febbraio 2005, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 aprile 2005, n. 58, anche per finalità di riduzione delle emissioni climalteranti e di adattamento ai cambiamenti climatici mediante interventi di riduzione delle emissioni climalteranti degli impianti di riscaldamento alimentati a biomassa, di diffusione del trasporto pubblico a basse emissioni, di efficientamento energetico degli edifici, nonché per la riduzione delle emissioni di CO₂ nelle aree portuali".

AMBIENTEDIRITTO	

Per far fronte ai danni diretti e indiretti derivanti dall'emergenza COVID-19⁴⁷, poi, l'art. 227 del cd. decreto-legge *Rilancio*, ha istituito un fondo di 40 milioni di euro per l'anno 2020 volto a riconoscere un ulteriore contributo straordinario – sino ad esaurimento delle risorse – alle categorie summenzionate, "ivi incluse le attività di guida escursionistica ambientale aderenti alle associazioni professionali di cui all'articolo 2 della legge 14 gennaio 2013 n. 4 e di guida del parco ai sensi della legge 6 dicembre 1991, n. 394, e che hanno sofferto una riduzione del fatturato in conseguenza dell'emergenza determinata dalla diffusione del COVID-19": tale beneficio – calcolato "in proporzione alla differenza tra il fatturato registrato nel periodo tra gennaio e giugno 2019 e quello registrato nello stesso periodo del 2020" – sarà erogato, a favore delle imprese e degli operatori in possesso di alcuni requisiti individuati dalla norma ⁴⁸, secondo le modalità definite con uno o più decreti di natura non regolamentare del Ministro dell'ambiente e del territorio e del mare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

Il contributo, infine, è riconosciuto in *de minimis*⁴⁹ e non concorre alla formazione del reddito⁵⁰.

6. Disposizioni in tema d'infrazione ambientale, gestione dei rifiuti, cooperazione internazionale.

Le disposizioni contenute all'interno dell'art.5, 5-bis e 5-ter disciplinano la materia ambientale e, più specificatamente, gli interventi per fronteggiare le procedure d'infrazione, la gestione dei rifiuti in Campania, nonché la definizione di un Programma sperimentale denominato "Caschi verdi per l'ambiente".

Procedendo con ordine, l'art. 5 disciplina, sulla scorta di determinate procedure di infrazione europea, la nomina e le attività dei Commissari unici per la realizzazione degli interventi in materia di discariche abusive e di acque reflue.

⁴⁷ Il danno economico che la limitazione delle visite turistiche sta producendo – specie nei territori dei parchi nazionali – colpisce soprattutto l'insieme delle imprese turistiche (strutture ricettive, ristorazione), ivi compresi i professionisti che operano nel settore turistico, all'interno dei parchi nazionali (come guide escursionistiche e ambientali e guide del parco): il carattere aggiuntivo della misura trova giustificazione nel fatto che tali categorie risultino già di per sé gravate da oneri procedimentali e burocratici ulteriori rispetto ad attività similare ma operanti al di fuori di dette aree. In tema di rilascio delle concessioni o autorizzazioni relative a interventi, impianti ed opere all'interno del parco, cfr. art. 13, l. 394/1991.

⁴⁸ La misura si rivolge a coloro i quali risultino:

a) attivi alla data del 31 dicembre 2019;

b) avere sede legale e operativa nei comuni aventi almeno il 45 per cento della propria superficie compreso all'interno di una ZEA;

c) esercenti attività eco-compatibile secondo quanto definito dal suddetto decreto;

d) iscritti all'assicurazione generale obbligatoria o alle forme esclusive e sostitutive della medesima oppure alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335.

⁴⁹ Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *de minimis*, del regolamento (UE) n. 1408/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *de minimis* nel settore agricolo e del regolamento (UE) n. 717/2014 della Commissione, del 27 giugno 2014, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti *de minimis* nel settore della pesca e dell'acquacoltura.

⁵⁰ D.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917.

AMBIENTEDIRITTO	

Nel merito, il Commissario unico in materia di discariche abusive – nominato ai sensi dell'articolo 41, comma 2-bis, della legge n. 234/2012 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea) – può, nell'ambito delle funzioni a cui è deputato, stipulare⁵¹, nei limiti della normativa europea vigente, specifiche convenzioni⁵² con:

- a) società in house delle amministrazioni centrali dello Stato;
- b) sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente di cui alla legge 28 giugno 2016, n. 132;
- c) amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e degli enti pubblici dotati di specifica competenza tecnica.

Scelto nei ruoli dirigenziali della pubblica amministrazione e collocato in posizione di comando⁵³, il Commissario resta in carica per tre anni⁵⁴ e si avvale di una struttura di supporto – i cui componenti sono appartenenti alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2⁵⁵, e all'articolo 3⁵⁶ del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e

- a) l'accordo stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che essi sono tenuti a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che essi hanno in comune;
- b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- c) le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione".

Sul punto, si veda la delibera ANAC n. 567 del 31 maggio 2017 con la quale, tra le altre cose, l'Autorità evidenza che "i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno". Per un quadro esaustivo, si rinvia alla sentenza del 2 dicembre 2014 (causa C-196/13) con la quale la Corte diGiustizia dell'Unione europea – lamentando la mancata piena esecuzione della sentenza del 26 aprile 2007 (causa C-135/05), relativa alla procedura di infrazione europea n. 2003/2077, con cui la stessa Corte ha dichiarato sussistere la violazione delle Direttive n. 75/442/CEE (sui rifiuti), n. 91/689/CEE (sui rifiuti pericolosi) e n. 99/31/CE (sulle discariche) – ha condannato il nostro Paese, ai sensi dell'art. 260 TFUE, al pagamento di sanzioni pecuniarie.

⁵² Art. 1, par. 6, direttiva n. 2014/24/UE, sugli appalti pubblici "gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale sono considerati questioni di organizzazione interna dello Stato membro interessato e, in quanto tali, esulano del tutto dalla direttiva medesima".

⁵³ Si intende, secondo i rispettivi ordinamenti, "in aspettativa" o "fuori ruolo".

⁵⁴ In caso di collocamento fuori ruolo, in aspettativa o in comando, il correlativo posto dell'amministrazione di provenienza è reso indisponibile per la medesima durata, a fini di invarianza finanziaria.

⁵⁵ L'art. 1, co. 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e ss. mm. ii. (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*) prevede che: "per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 [...]".

⁵⁶ Art. 3, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e ss. mm. ii., indica come personale, in regime di diritto pubblico, "i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, il personale, anche di

⁵¹ In ottemperanza a quanto dettato dal legislatore europeo, l'art. 5, comma 6, d. lgs.18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*), stabilisce che "un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

scelti tra soggetti dotati di comprovata esperienza nel settore delle bonifiche e in materia di affidamento dei contratti pubblici, in ragione dell'esperienza maturata e dei compiti di tutela ambientale attribuiti dall'ordinamento – composta al massimo di 12 membri e che cessa al termine del mandato dello stesso Commissario⁵⁷ che opera presso il Ministero dell'ambiente e si avvale di risorse finanziarie, necessarie per le esigenze operative e per il funzionamento della struttura (compresi gli oneri dovuti per la stipula delle convenzioni previste), poste a valere su una quota, non superiore allo 0,5% annuo, delle risorse assegnate per la realizzazione degli interventi.

Sotto il profilo operativo, al fine di accelerare la progettazione e la realizzazione degli interventi⁵⁸ di collettamento, fognatura e depurazione è prevista la nomina – entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge – con d.p.c.m. di un Commissario unico; per le attività di progettazione degli interventi, per le procedure di affidamento dei lavori, per le attività di direzione dei lavori e di collaudo, il Commissario si avvale, attraverso convenzioni onerose, delle società in *house* delle Amministrazioni dello Stato dotate di specifiche competenze tecniche, degli Enti del sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente, delle Amministrazioni centrali e periferiche dello Stato e degli Enti pubblici che operano nelle aree di intervento, utilizzando le risorse umane e strumentali disponibili, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Aggiungendo il comma 8-bis all'articolo 2 del d.l. 243/2016, è data al Commissario unico la possibilità di avvalersi al massimo di due sub commissari⁵⁹, in relazione alla portata e al numero degli interventi sostitutivi, che operano sulla base di specifiche deleghe definite dal Commissario stesso.

Al fine di consentire il completamento delle attività amministrative, contabili e legali conseguenti alle pregresse gestioni commissariali e di amministrazione straordinaria nella gestione dei rifiuti nella regione Campania, invece, l'art. 5-bis, introdotto nel corso dell'esame presso il Senato, posticipa di tre anni il termine previsto dall'articolo 5, comma 1 del decreto-legge n. 136 del 2013 (recante "Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali ed a favorire lo sviluppo delle aree interessate") per lo svolgimento dell'attività della Unità Tecnica-Amministrativa, operante presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. È prevista una clausola di invarianza finanziaria.

All'art. 5-ter, anch'esso introdotto durante l'esame al Senato, va riconosciuto il merito di istituire, presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, un programma sperimentale – denominato "Caschi verdi per l'ambiente" – teso alla

livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco".

⁵⁷ Al Commissario è corrisposto – in aggiunta al trattamento economico fondamentale a carico dell'amministrazione di appartenenza – un compenso accessorio, a valere sulle risorse assegnate per la realizzazione degli interventi, in ragione dei risultati conseguiti, determinato nell'*an* e nel *quantum* dall'art. 15, co. 3, d.l. 6 luglio 2011, n. 98.

⁵⁸ Secondo l'art 5, comma 6, l. 12 dicembre 2019, n. 141: "[...] di cui all'articolo 2 del decreto-legge 29 dicembre 2016, n. 243, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2017, n. 18, nonché degli ulteriori interventi previsti all'articolo 4-septies, comma 1, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 [...]".

⁵⁹ Ai due sub commissari nominati con d.p.c.m., sentiti il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per il sud e per la coesione territoriale, si applica la disciplina dettata dai commi 1 e 3 dell'art. 2 del decreto-legge 29 dicembre 2016, n. 243 convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2017, n. 18. Il medesimo procedimento è previsto in caso di sostituzione o revoca dei sub commissari. Si aggiunga, inoltre, che lo stesso decreto poc'anzi citato reca disposizioni in materia di "procedure di infrazione europee n. 2004/2034 e n. 2009/2034 per la realizzazione e l'adeguamento dei sistemi di collettamento, fognatura e depurazione".

AMBIENTEDIRITTO	

realizzazione, d'intesa con il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di iniziative di collaborazione internazionale volte alla tutela e salvaguardia ambientale delle aree nazionali protette e delle altre aree riconosciute in ambito internazionale per il particolare pregio naturalistico – anche rientranti nelle riserve di cui al programma «L'uomo e la biosfera» (MAB) dell'Unesco⁶⁰ – e per il contrasto degli effetti derivanti dai cambiamenti climatici. A tal fine, è autorizzata la spesa di 2 milioni di euro per ciascuno degli anni 2020, 2021 e 2022, per la cui copertura si provvede – al netto delle possibile e/o eventuali variazioni di bilancio che potranno essere autorizzate, con decreto, dal Ministro dell'economia e delle finanze – mediante corrispondente riduzione dell'autorizzazione di spesa di cui all'art. 3 della legge 1 giugno 2002, n. 120⁶¹.

7. Adempimenti tributari e contributi previdenziali

L'articolo 8 ⁶² differisce i termini dal 15 ottobre 2019 – data di entrata in vigore del decreto-legge in esame – al 15 gennaio 2020 relativi al "pagamento dei tributi non versati per effetto delle sospensioni disposte, nel tempo, in seguito agli eventi sismici a far data dal 24 agosto 2016 (previsto dal comma 11 dell'art. 48 del D.L. 189/2016⁶³) e per "l'effettuazione degli adempimenti e dei versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria, sospesi in seguito ai medesimi eventi sismici (successivo comma 13⁶⁴ dell'art. 48 citato)".

Per evitare che la mancata previsione⁶⁵ di una clausola di salvaguardia potesse indurre una o più autonomie speciali ad adire la Corte costituzionale, il Senato ha previsto, all'art. 8-bis, che le disposizioni in esame si applichino alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e di Bolzano compatibilmente con le norme

⁶⁰ Si faccia notare come già all'interno della relazione allo stato di previsione del Ministero dell'ambiente, allegato al disegno di legge di bilancio 2019, veniva evidenziata la volontà politica di costituire, a partire dal 2019 e per il triennio successivo, una specifica *task force* di esperti (denominata "caschi verdi") "da realizzare in ambito UNESCO per promuovere le migliori conoscenze per la salvaguardia delle aree verdi di eccellenza designate tali dall'UNESCO e da altre organizzazioni internazionali (es. FAO)". Nella relazione inclusa nel disegno di legge di bilancio per il 2020, invece, veniva ribadito che "entro giugno 2020, sarebbe stato messo a sistema il programma dei c.d. *Caschi verdi per l'ambiente* al fine di realizzare un progetto specifico in ambito UNESCO di valorizzazione dell'*expertise* nazionale ed internazionale delle qualità delle professionalità italiane.

⁶¹ Di ratifica ed esecuzione del *Protocollo di Kyoto* alla *Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici*. Cfr. C. Sciancalepore, *Cambiamenti Climatici e green taxes*, Cacucci, Bari, 2016

⁶² Mediante l'utilizzo delle risorse di cui all'art. 2, comma 107, della legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008): trattasi di risorse previste "per la chiusura dello stato di emergenza" delle regioni Umbria e Marche, dopo il sisma del 1997; in ogni caso l'art 8, comma 3, l. 12 dicembre 2019, n. 141 autorizza il Ministro dell'economia e delle finanze "a provvedere con propri decreti alle occorrenti variazioni di bilancio".

⁶³ Per gli adempimenti tributari – di cui al comma 11 – è concessa l'opzione per il pagamento rateale. In particolare, l'articolo 48 del d.l. 189/2016 prevede la sospensione dei termini, per una serie di adempimenti, a favore di soggetti – persone fisiche e imprese – localizzati nei comuni (di cui agli allegati 1, 2 e 2-bis annessi al medesimo decretolegge) colpiti dagli eventi sismici dal 24 agosto 2016 e fino al 18 gennaio 2017; nello specifico, il comma 1 dello stesso articolo prevede un ulteriore differimento dei termini.

⁶⁴ Il comma 13 dell'art. 48 del d.l. 189/2016, prevede la sospensione dei termini relativi agli adempimenti e ai versamenti dei contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria in scadenza rispettivamente nel periodo dal 24 agosto 2016 al 30 settembre 2017 ovvero nel periodo dal 26 ottobre 2016 al 30 settembre 2017. Per tali adempimenti, è necessario provvedere entro il 15 gennaio 2020.

⁶⁵ Si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 40/2016, n.154/2017, n.191/2017 e 231/2017.

AMBIENTEDIRITTO	

dei rispettivi statuti e le relative disposizioni di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale n. 3 del 2001⁶⁶.

8. Conclusioni.

L'emergenza sanitaria, causata dalla diffusione del COVID-19 e dalla conseguente adozione di provvedimenti nazionali d'urgenza, ci restituisce un quadro che – per contorni (indefiniti) ed intensità (incalcolabili) – non appare comparabile alle recenti esperienze del passato: spesso associata ai conflitti bellici del secolo scorso – con cui, in realtà, condivide ben poco – l'esperienza pandemica ha determinato – e sta determinando – un danno economico pesantissimo e, probabilmente, di gran lunga superiore a quello che avremmo immaginato nel momento in cui il *lockdown* è stato avviato. Parimenti, recenti studi hanno evidenziato una forte correlazione tra inquinamento e capacità del virus di resistere – e divenire più aggressivo – perché traghettato da particolato atmosferico⁶⁷.

Evidente, dunque, è come la difesa dell'ambiente rappresenti una precondizione per una svolta epocale che, ora più che mai, sappia guardare ad una transizione ecologica in cui il fisco, avvalendosi di strumenti regolatori ed impositivi, sappia dosare, allo stesso tempo, incentivi fiscali e logiche del prelievo. Non a caso, nelle politiche del cd. *Green New Deal*, un capitolo importante è riservato al tema degli incentivi ambientalmente dannosi che, peraltro, anche il Ministero dell'Ambiente e la commissione del MEF sulle *tax expenditure* hanno potuto apprezzare come, ancora oggi, particolarmente pesanti sia in termini di bilancio pubblico che di danni ambientali.

Le misure ambientali del decreto *cd. Rilancio*, a onor del vero, non sono molte: la capacità di guardare ad interventi più profondi ed articolati di trasformazione del nostro sistema, probabilmente, è quindi venuta meno in ragione della assoluta condizione d'incertezza in cui ci troviamo.

Ciononostante, malgrado l'esigenza di far fronte, in questo momento, ai fabbisogni imprevisti e trasversali della pandemia sia stata, a ben vedere, anteposta alle – oramai – inderogabili necessità di non compromettere i bisogni delle future generazioni, misure come quelle del credito d'imposta per ristrutturazione edilizia e lavori antisismici – contenuta proprio nel decreto *cd. Rilancio* – rappresentano un buon viatico per contemperare le esigenze di sviluppo e quelle di sostenibilità. Non altrettanto può dirsi per il rinvio al 1 gennaio 2021 di *plastic* e *sugar tax* introdotti con l. 160/2019.

Una volta superata la fase emergenziale, occorrerà guardare alla transizione ecologica ripensando i modelli di approvvigionamento⁶⁸, sviluppo e produzione affiancando, ad

⁶⁶ L'utilizzo di tale clausola, come strumento deflattivo del contenzioso costituzionale, è assai frequente: norme di rango primario non possono, dunque, incidere su norme statutarie (adottate con legge costituzionale e, perciò, "fonte di grado superiore").

⁶⁷ Cfr. Società Italiana di Medicina Ambientale (SIMA), Relazione circa l'effetto dell'inquinamento da particolato atmosferico e la diffusione di virus nella popolazione - Position Paper, 2020; Società Italiana di Medicina Ambientale (SIMA), Is there a Plausible Role for Particulate Matter in the spreading of COVID-19 in Northern Italy?, 2020.

⁶⁸ In questa prospettiva, il cd. *Green New Deal* passa attraverso una profonda rivisitazione dei modelli di approvvigionamento energetico: dalle energie rinnovabili in luogo dei combustibili fossili, alla definizione di accise che sappiano, anche attraverso l'imposizione fiscale, rideterminare anche gli equilibri economici dell'approvvigionamento energetico.

AMBIENTEDIRITTO	

essi, sistemi di prelievo e redistribuzione in grado di sostenere il merito, incentivare la ricerca, promuovere l'innovazione e realizzare un collegamento ancora più efficace tra entrate e spese: l'imposizione di scopo, in tal senso, consentirebbe, già nel prelievo, di individuare la destinazione di spesa rendendo ancor più facilmente leggibili modalità e finalità di utilizzo delle risorse prelevate attraverso la fiscalità.

AMBIENTEDIRITTO

ENVIRONMENTAL POLICIES BELOW MUNICIPAL LEVEL: TOWARDS SUSTAINABLE NEIGHBOURHOODS AND SMALL COMMUNITIES.

POSITION OF THE EUROPEAN COMMITTEE OF THE REGIONS.*

Gaetano ARMAO (IT/EPP)

Vice-President and Regional Councillor for Economic Affairs of Sicilian Regional Government Member of European Committee of the Regions

"Europe is not easy to build ... democratic unification on the basis of discussion and collaboration, can only be slow: this is the only way to identify the common good that is really good for everyone."

V. Bachelet, La facciamo l'Europa?, featured in Coscienza, n. 6, March 20th 1953

^{*} This work is inspired by the accompanying report to the opinion, presented to the European Committee of the Regions and approved by a large majority in Brussels on February 12, 2020, honouring, on the day of the 40th anniversary of the assassination, the memory of Prof. Vittorio Bachelet, vice-president of the Italian Superior Council of the Judiciary, murdered by terrorist hands at the end of the lesson of administrative law at the Faculty of Political Science at the University "La Sapienza" in Rome. The sacrifice of this courageous Catholic jurist is a perennial warning of democratic civilization against the darkness of reason of those who practice hatred and violence.

AMBIENTEDIRITTO	

European environmental policies take on a new centrality through the development of the strategy for a green and inclusive transition drawn up by the European Commission *green new deal*, an integrated strategy of plans, programs and actions that should lead Europe by 2030 to a 50% reduction in CO2 emissions and by 2050 to *carbon neutrality*, thus making the European Union the world leader in the fight against climate change¹.

In this context, the *Committee of the Regions'* (CoR) initiatives are also taking place to strengthen, through the involvement of regional and local authorities, the strategy for changing the continent's development and growth model, given that insufficient implementation of EU policies and legislation on the environment, biodiversity and climate poses a risk to the long-term sustainability of our way of life, serious health threats and reduces the quality of life of EU citizens.

As is known, there is no homogeneous model of below municipal, administrative or even simply participatory institution in the Member States, despite the fact that the submunicipal level of government is widespread among European local governments. However, the need to outline measures that can guarantee, precisely because of the institutional and territorial morphology of the Continent, spaces for intervention even at the level closest to European citizens remains unaffected.

Environmental policies, especially in recent years and in the outlined perspective of the *green new deal*, require the EU to find a new ambition in the transitions, such as that towards a circular economy and those towards more sustainable forms of energy, mobility and food production and consumption and to overcome what the European Environment Agency has called the "European ecological deficit"².

The EU Commission must be able to encourage Member States, regions and cities, which are at the forefront, to achieve an environmental quality that is more advanced and innovative than those outlined in the legislation. Indeed, it is only through greater public awareness that the principles set out in the Treaty on the Functioning of the EU³ and Community case law on the environment (integration and sustainable development, cooperation, precaution, prevention and environmental responsibility - "polluter pays") can be reversed.

¹ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1576150542719&uri=COM%3A2019%3A640%3AFIN. The green new deal is complemented by five other priorities contained in the EU Commission's policy guidelines for 2019-2024: un'Europa che lavora per le persone, un'Europa pronta per l'era digitale, proteggere il nostro stile di vita europeo, un'Europa più forte nel mondo, un nuovo slancio per la Democrazia europea. In setting out the main elements of the initiatives that will be presented during the year, the Commission strongly takes up the theme of the centrality of Better Regulation to improve policy-making, to design and implement policies that bring concrete results on the ground and make life easier for citizens and businesses, assuming the commitment to closely monitor the transposition and application of legislation and to apply "Active Subsidiarity".

² As is known, the European Environment Agency and the European Environment Information and Observation Network was established by Council Regulation 1210/90 of May 7th 1990, is based in Copenhagen, supports member countries in taking decisions on improving the environment by integrating environmental considerations into economic policies and coordinates the European Environment Information and Observation Network (Eionet) the textual reference to the study is found in Ecological Footprint of European Countries, 2015, in https://www.eea.europa.eu/data-and-maps/indicators/ecological-footprint-of-europeancountries/ecological-footprint-of-european-countries-2/# ftn1.

³ It should be recalled that under Articles 11 and 191-193 TFEU) the European Union has powers to intervene in all areas of environmental policy, such as air and water pollution, waste management and climate change. Its scope of action is limited by the principle of subsidiarity and the requirement for unanimity in the Council on issues of taxation, spatial planning, land use, quantitative water management, choice of energy sources and the structure of energy supply.

AMBIENT	EDIRITTO

Extending environmental policies to sustainable neighbourhoods and small communities.

The Committee of the Regions' opinion on Towards an 8th Environment Action Programme committed EU environmental policies to taking into account the needs of all types of communities and it should not be forgotten that the successful implementation of many national and EU environmental policies depends on the full involvement not only of regional and local communities but also of sub-communal communities and the contribution they can make⁴.

It is also necessary to begin by referring to the UN's Sustainable Cities and Communities Goal 11 of the Sustainable Development Goals (ODS), which aims to 'make cities inclusive, safe, resilient and sustainable' by involving sub-municipal levels in democratic and inclusive multi-level governance. This could prove very useful for development, for the effective implementation of policy objectives and for the legitimacy of the democratic system itself, particularly in areas where policy choices have a direct impact on citizens' lives, such as environmental issues and climate change.

Promoting sustainable communities, however, requires socio-cultural transformation to address new manifestations of social, economic and environmental inequalities. Commitments to address them include, to name but a few, the EU Urban Agenda⁵ and its partnerships, the LeipzigCharter on Sustainable European Cities⁶, the Aalborg Charter and Commitments⁷, the Basque Declaration⁸ and the New Urban Agenda⁹. It seems therefore necessary to promote the concept of sustainable community in order to involve all territories and ensure that even the less wealthy areas can access the opportunities necessary for the development of sustainable solutions.

- a) better policy integration, more effective source based polices, targeted EU-funding;
- b) research into different implementation challenges;
- c) implementation tools: at the moment environment and climate legislation have their own set of tools and guidance materials. To avoid confusion and ensure greater coherence, the CoR proposes a more unified method with capacity building instruments (e.g. tools and programmes, workshops, webinars, guidance materials, etc.):
- d) collection of knowledge and best practices in a single, publicly accessible and easily searchable database which contains the appropriate features that help identify best practices;
- e) actions to promote, expand and finance existing and new initiatives that support knowledge and best practice sharing by European, national, regional and local networks and city-to-city cooperation such as peer-reviews and mutual learning activities, site visits, green twinning, partner-to-partner mentoring and coaching;
- f) monitoring via the Environmental Implementation Review process.

⁴ https://webapi2016.cor.europa.eu/v1/documents/COR-2018-01672-00-00-AC-TRA-IT.docx/content. The opinion identifies the following necessary measures:

⁵ https://ec.europa.eu/futurium/en/urban-agenda EU Urban Agenda addresses the problems of cities by creating partnerships between the Commission, EU organizations, national governments, local authorities and stakeholders such as non-governmental organizations.

⁶ https://ec.europa.eu/futurium/en/urban-agenda EU Urban Agenda addresses the problems of cities by creating partnerships between the Commission, EU organizations, national governments, local authorities and stakeholders such as non-governmental organizations.

⁷ http://www.sinanet.isprambiente.it/gelso/files/leipzig-charter-it.pdf

⁸ The 2016 'Basque Declaration' encourages new paths to create productive, sustainable and resilient cities.

⁹ The 2016 'Basque Declaration' encourages new paths to create productive, sustainable and resilient cities.

1	AMBIENTEDIRITTO	

The Committee of the Regions in its priority 1 for 2015-2020 ("Creating jobs and sustainable growth in cities and regions to provide a better quality of life for citizens")¹⁰ It moves in this very direction, in line with its opinion on The Seventh Environment Action Programme and the sustainable city ¹¹, according to which the concept of sustainable communities should be aimed at rehabilitating poor or vulnerable areas by combining social and environmental objectives.

The environmental challenges may have specific effects in the different submunicipal units, so it seems relevant to develop at each level comprehensive approaches that take due account of localized or differentiated solutions that may require specific responses and contributions.

Responsibility for the sub-municipal level lies with the levels of governance in each Member State responsible for that level, which must also ensure the involvement of communities and social actors. It follows that local and regional authorities have an important responsibility for their territory; they must actively involve and support the sub-municipal levels in the implementation of environmental policy and enable citizens to make communities more sustainable.

There is no doubt that there is a multiplicity of terms used in relation to these communities, including hamlets, neighbourhoods, districts, wards, sectors, villages, parishes, borough.

The terms in point may refer to administrative units or communities without an administrative role. The Committee's opinion therefore makes equivalent use of the terms 'sub-municipal' and 'below the municipal level'. There are, in fact, different contexts in which small communities are found, from urban districts to rural districts, from island communities to upland communities, from densely populated to sparsely populated areas and from wealthy to deprived areas.

Account should be taken of specific territorial situations linked to particular environmental challenges.

Because of their peripherality, these areas sometimes have special natural characteristics that give them a significant ecological importance:

small islands, for example, may find themselves in a situation of physical separation from the rest of the municipalities to which they belong, which makes access to services and decision-making processes difficult. Cooperation should be promoted with the CoR's Interregional Group on Insular Regions and other networks, such as, for example, Clean Energy for EU islands, the European Small Islands Federation and the European Small Islands Network;

poorly populated and underpopulated areas often have a considerable distance from the rest of the municipality. Promoting and extending cooperation with existing networks, e.g. the Northern Sparsely Populated Areas network, the Southern Sparsely Populated Areas network and Euromontana, is of paramount importance in this respect;

communities at the sub-municipal level located in areas with specific geographical profiles, such as mountain or lake areas.

 $^{^{10}} https://cor.europa.eu/en/engage/brochures/Documents/The\%20political\%20priorities\%20of\%20the\%20European\%20Committee\%20of\%20the\%20Regions\%202015-2020/2675\%20political\%20priorities\%202015\%20IT\%20WEB.pdf$

https://www.ttsitalia.it/wp-content/uploads/2014/08/Parere-Comitato-delle-Regioni-su-programma-ambiente-ecitta-sostenibili.pdf

AMBIENTEDIRITTO	

The Committee of the Regions' initiative must therefore also focus on small communities at sub-municipal level which face multiple challenges. Sub-municipal communities may not have:

- i) elected representatives,
- ii) specific competencies,
- iii) a budget to cover even minimum costs or technical expertise needed to know, for example, how to access EU funding.

There can be no doubt that there is a considerable diversity of existing institutional forms below the local level.

Indeed, the sub-municipal level, precisely because of the multiplicity of forms of organization in the Member States and its often poorly formalized organization, offers great potential in terms of participatory and democratic experimentation to develop new forms of involvement and communication.

In this direction, the role of voluntary grassroots organisations of citizens from small communities in local associations and committees that aim to work on a specific environmental issue or, more generally, to promote sustainable actions seems fundamental. Although these groups can bring together resources, expertise, energy and motivation, local and regional authorities can, for their part, play a key role in giving them autonomy and responsibility through technical and financial support and regular consultation.

Pathways to strengthen environmental policy below the municipal level.

Communities at sub-municipal level are generally the most directly affected by environmental issues such as air quality or noise, as they have limited control over transport and mobility decisions. It is therefore essential that data can be disaggregated at sub-municipal level in environmental monitoring mechanisms so that targeted measures and solutions can be taken. This requires the development of a coherent policy framework at sub-municipal level and in particular for islands in relation to climate change mitigation in order to facilitate their transition to clean and renewable energy sources. Inspiration could be drawn from the integration of the Pact of Islands into the Covenant of Mayors for Climate and Energy and ongoing initiatives such as the Clean Energy for EU islands Initiative and the Climate Active Neighbourhoods Interreg project could be involved. In this context, it is essential to ensure the involvement of small communities (in particular island, mountain or rural communities, where the main areas characterized by particular biodiversity are located) in the management of natural areas, which often do not coincide with municipal boundaries.

Such involvement could increase the sense of local responsibility for environmental policy choices and reduce conflicts around issues such as land use. Equally, such increased participation could further increase awareness of the socio-economic benefits of protected natural areas, whether they are Natura 2000 sites or similar areas. The role of communities at the sub-municipal level in the implementation of Nature Based Solutions, in particular green corridors or belts, urban trees, as well as peri-urban nature areas, is therefore growing in importance and these initiatives should provide equitable

¹² https://ec.europa.eu/info/news/26-european-islands-launch-clean-energy-transition-2019-feb-18_en

access to nature and its benefits in terms of human health, climate change mitigation and adaptation, as well as increased resilience to natural or human hazards. Similarly, it is essential to ensure tailor-made technical support from the relevant levels of governance for small communities, in particular isolated and insular communities, to implement sustainable wastewater treatment and waste management practices, e.g. to tackle marine and coastal pollution through the adoption of circular economy practices and the development of plastic and zero-waste strategies; initiatives already in place, such as, for example, the OECD project to support cities and regions in the circular economy, should also be promoted¹³. The development of measures to support sociallyinnovative practices at sub-municipal level should be encouraged, ranging from loan groups sharing items and tools at local level to repair groups allowing members to repair items that would otherwise be discarded. The dissemination of microclimate interventions for adaptation to climate change, particularly in densely built-up urban neighbourhoods, must also be promoted. Such interventions can include low-cost initiatives, but also more complex solutions at the neighbourhood level, such as disconnecting buildings from the sewerage system to improve rainwater management. Such interventions have the potential to increase the resilience of natural hazard sensitive sub-municipal areas by relieving pressure on critical infrastructure. A nonsecondary side can also be provided by fostering so-called regenerative food systems, which produce ecological, economic and social benefits at the sub-municipal level and beyond (e.g. school or community gardens, community supported agriculture or innovative farming methods). Sustainable tourism represents a growth opportunity for small communities, as indicated in the Sparsely populated and under-populated areas briefing of the European Parliament's Research Service and in previous opinions of the Committee of the Regions on tourism¹⁴ and cultural heritage¹⁵. The EU must recognise the role of multiple and innovative forms of participatory democracy in promoting sustainable communities, particularly at sub-municipal level. This potential could be further enhanced if the democratic innovation aspect is explicitly taken into account in the relevant components of EU environmental policies. In this respect, the longstanding and successful efforts of Local Agenda 21 (LA21) 16 as a starting point for the inclusion of the sub-municipal level in environmental policy should be mentioned. Over the past decades, LA21 initiatives have supported local authorities in implementing strategies and actions for sustainability at local level through the sharing of methods, tools and good practices. In pursuing its environmental objectives, the Union must take into account the specific needs and contributions of small submunicipal communities in formulating and implementing its environmental policies. Therefore, mechanisms should be identified to take sub-municipal issues into account in the preparation of CoR opinions and bring them to the attention of EU institutions and bodies, and closer cooperation should be developed with appropriate organisations and networks dealing with or representing sub-municipal structures at EU level. It is up to the members of the Committee of the Regions themselves to interact with the submunicipal communities in their respective territories, to bring their experiences to the Committee to discuss them within the Committee and to integrate them into their work,

¹³ https://circulareconomy.europa.eu/platform/sites/default/files/national_strategy_for_circular_economy_11_2017_it 1.pdf

¹⁴ NAT-VI/009 (GU C 185 del 9.6.2017, page 15)

¹⁵ SEDEC/VI-035 (GU C 361 del 5.10.2018, page 31)

¹⁶ http://www.gdrc.org/uem/la21/la21.html

in particular into Committee opinions, inter pares exchanges and, potentially, the technical platform for environmental cooperation (joint initiative of DG Environment and the European Committee of the Regions), and explicit reference should be made to communities at sub-municipal level in the Committee's priorities for the period after 2020. Social, economic and environmental cohesion is a fundamental commitment of the EU, in particular with a view to reducing disparities between the levels of development of the various regions (both island and continental), in accordance with Article 174 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and sub-municipal levels of governance are relevant in this respect. In this respect, the possibility of extending the Division of Powers Portal¹⁷ by adding, where relevant, an additional section for each Member State concerned to include intra-municipal administrative entities, based on an analysis of their role in environmental and climate change policies, should be considered. The European Commission should be asked to consider the possibility of establishing a 'Sustainable Neighbourhood' award, in order to encourage local communities to participate in the management of their own territory, and to organize a unique or recurring event to promote interaction with small communities, such as a 'European Day of Sustainable Villages and Neighbourhoods'. In order to strengthen community outreach, the Committee of the Regions should strive for a wider recognition of the importance of the sub-municipal level in local environmental policy among other EU institutions and bodies. To this end, the inclusion of the sub-municipal level in future strategy documents and in the review of ongoing strategies by the EU institutions and bodies could be supported and the sub-municipal level should be raised through EU research and innovation projects (Horizon 2020¹⁸ and Horizon Europe¹⁹) and through more efficient cooperation with the European Environment Agency (EEA) ²⁰and EU research services. Similarly, it is essential to strengthen the dialogue with the European Commission, including in the framework of the technical platform for environmental cooperation, in order to ensure that small communities at sub-municipal level are adequately taken into account in the implementation of specific EU environmental policies. This could build on the efforts already made by DG ENV and other DGs to provide guidance documents and tools focusing on small communities and neighbourhoods. In the outlined perspective of community involvement, material on EU networks and activities of particular interest to small communities should be made available on the Committee of the Regions' website²¹, providing information on networks, programmes and events and collecting relevant contributions. Likewise, ways to promote the recognition of environmental achievements in small communities, highlighting good practice and encouraging the reproposal of sustainable solutions should be considered. This includes examining integration into existing and EU recognition schemes, in line with the practices applied for the European Green Capital²², European Green Leaf²³, Natura 2000²⁴, Transformative

¹⁷ https://europa.eu/european-union/index_it

¹⁸ https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020 IT KI0213413ITN.pdf

¹⁹ https://ec.europa.eu/info/horizon-europe-next-research-and-innovation-framework-programme en

²⁰ https://www.eea.europa.eu

²¹ https://cor.europa.eu

²² https://www.egcaeglaportal.eu

²³ Still https://www.egcaeglaportal.eu

²⁴ https://www.eea.europa.eu/themes/biodiversity/natura-2000

AMBIENTEDIRITTO	

Action²⁵ and the European Week for Waste Reduction²⁶ awards. The inclusion of the topic of environmental implementation in communities at sub-municipal level in the annual theme or programme of recurring EU-level environmental events, such as Green Week, European Week for Waste Reduction or European Week of Regions and Cities, can enable the use of information and communication technologies to better connect sub-municipal communities both among themselves and with their local authorities, in order to promote democratic participation and decision-making.

Implementation measures.

In order to ensure the achievement of the objectives outlined above, it is necessary that sub-municipal institutions have access to EU funding programmes. Some of these are already specifically designed for the neighbourhood level, such as the URBACT²⁷ programme, which promotes European exchange and learning for sustainable urban development, while community staff at sub-municipal level must be given appropriate training so that EU funds can be used efficiently. Community-led local development (CLLD)²⁸ and LEADER²⁹ action groups can become specific tools to mobilise and involve the sub-municipal level more closely in the pursuit of long-term development and the achievement of the Europe 2020³⁰ objectives. The European Commission should consider how best to ensure that small communities can contribute to and benefit from EU-funded projects to promote sustainability at the sub-municipal level. This could be achieved through: (i) the inclusion of specific references to small communities in guidance documents and manuals; (ii) the preparation and publication of calls for expressions of interest and/or work programmes specifically targeting communities at sub-municipal level; (iii) the simplification and rationalisation of financial and eligibility rules to encourage and facilitate the participation of such communities (e.g. reallocation of funds) in order to promote the harmonious development of the Union as a whole (Article 174 TFEU).

The Committee of the Regions, with the adoption of its own-initiative opinion "Towards sustainable neighbourhoods and small communities - Environmental policies below municipal level", opens a new perspective for the involvement of local communities in the renewed European environmental policy, the only way to ensure its implementation and success. It is now a question of reversing its indications in the choral push towards a Europe that fights climate change at its roots and aims at the strategy of a European green deal by reducing emissions and promoting growth.

²⁵ https://sustainablecities.eu/transformative-action-award/

²⁶ https://www.ewwr.eu/en/project/main-features

²⁷ https://urbact.eu

²⁸ https://ec.europa.eu/regional policy/sources/docgener/informat/2014/community en.pdf

²⁹ https://enrd.ec.europa.eu/leader-clld it

³⁰ https://ec.europa.eu/eurostat/web/europe-2020-indicators

AMBIENTEDIRITTO

SYNTHETIC BIBLIOGRAPHICAL NOTE

In doctrine on the evolution of European environmental legislation, several contributions are found among the most recent see J. SCOTT (ed.), Environmental Protection. European Law and Governance, Oxford, 2009; H. VEDDER, The Treaty of Lisbon and European Environmental Law and Policy, Journal of Environmental Law, 2010, pp. 285 ss.; E. MORGERA, (ed.), The External Environmental Policy of the European Union: EU and International Law Perspectives, Cambridge, 2012; R. FERRARA, M.A.SANDULLI (eds.), Trattato di diritto dell'Ambiente, 1-3, Milano, 2014; S. AMADEO, sub artt. 191-193, in A. TIZZANO (ed.), Trattati dell'Unione Europea, Milano, 2014, 1616 ss.; P.M. DUPUIS, J.E. VIÑUALES,, International Environmental Law, Cambridge, 2015; J.SCOTT, The Geographical Scope of the EU's Climate Responsibilities, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2015, pp. 92 ss.; P. THIEFFRY, Traité de droit européen de l'environnement, Bruxelles, 2015; B. CARAVITA, L. CASSETTI e A. MORRONE (eds.), Diritto dell'ambiente, Bologna, 2016; R. MOULES, Significant EU Environmental Cases: 2015, in Journal of Environmental Law, 2016, 169 ss.; M.CLÉMENT, Droit européen de l'environnement: Jurisprudence commentée, Bruxelles, 2016; K. ARABADJIEVA, "Better Regulation" in Environmental Impact Assessment: The Amended EIA Directive, in Journal of Environmental Law, 2016, 159 ss.; B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (EDS.), Diritto dell'ambiente, Bologna, 2016; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati, Torino, 2017; G. ROSSI (eds), Diritto dell'ambiente, Torino 2017; S. GRASSI, Ambiente e Costituzione, in Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente, n.3/2017, pp. 4 ss.; E. FERRERO, Le principali novità del diritto europeo in materia ambientale nel biennio 2016-2017, in DPCE on line I-2018; R. GIUFFRIDA, F. AMABILI (eds.), La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo, Torino, 2018; P. DELL'ANNO, Diritto dell'ambiente, Padova, 2018; N. FERRUCCI, Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo, Torino 2018; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, Introduzione al diritto dell'ambiente, Bari, 2018; G. ROSSI, Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto, Riv. Quad. Dir. Ambiente, 2018, 3, pp. 110 ss.; R. FERRARA, F. FONDERICO, A. MILONE (eds.), Casi di diritto dell'ambiente, Torino, 2019.

AMBIENTEDIRITTO	

LA NORMATIVA SULL'IMMIGRAZIONE DEL FRIULI VENEZIA GIULIA AL VAGLIO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: verso il repetita iuvant?

Laura Restuccia

Dott.ssa in Giurisprudenza - Collaboratrice della cattedra di Diritto Pubblico Comparato dell'Università di Udine*

Abstract [It]: Lo scritto intende analizzare il ricorso promosso dal Governo nei confronti della l.r. n. 9 del 2019. In attesa che la Corte costituzionale si pronunci, tale analisi fornisce l'occasione per riflettere su due questioni conosciute a dottrina e giurisprudenza costituzionale. La prima questione concerne il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di diritto dell'immigrazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e, in particolare, l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale. La seconda questione ha quale oggetto l'analisi dell'evoluzione della normativa sull'immigrazione del Friuli Venezia Giulia; compiendo un confronto tra la normativa oggi in vigore, ovvero la l.r. n. 31 del 2015, e la precedente, si intende sia descrivere il contesto nel quale si inseriscono le modifiche della l.r. n. 9 del 2019, sia comprendere quanto i mutamenti intervenuti nel quadro politico regionale e nazionale abbiano influito sulle scelte normative ed amministrative.

Abstract [En]: The paper aims to analyze the appeal filed by the Government against the Regional Act n. 9 of 2019. Pending a ruling by the Constitutional Court, this analysis provides an opportunity to reflect on two preliminary questions known by scholars and Constitutional jurisprudence. The first question concerns the division of competences between the State and the Regions in the field of immigration law after the reform of Title V of the Constitution and, in particular, the interpretation given by the Constitutional Court. The second question has as its object the analysis of the evolution of the legislation on immigration of Friuli Venezia Giulia; making a comparison between the legislation in force today, i.e. the Regional Act n. 31 of 2015, and the previous regional legislation, is intended both to describe the context in which the amendments of the Regional Act n. 9 of 2019 fit, and to understand how the changes intervened in the regional and national political framework influenced the normative and administrative choices.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Un quadro d'insieme. **- 2.** Il riparto di competenze nella giurisprudenza costituzionale e il principio di ragionevolezza. **- 3.** La normativa del F.V.G. **- 4.** Il nuovo contesto regionale. **- 5.** L'impugnazione della l.r. n. 9 del 2019. **- 6.** Considerazioni finali.

^{*} Il presente contributo è destinato ad essere pubblicato negli Atti del Convegno "Cittadinanza, immigrazione e diritti: i sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie. Un approccio multilivello", che si è svolto a Udine il 16 maggio 2019.

1. Introduzione. Un quadro d'insieme.

Il presente lavoro prende spunto dal ricorso promosso dal Governo nei confronti della l.r. n. 9 del 2019¹ con la quale la Regione Friuli Venezia Giulia è intervenuta sulla l.r. n. 31 del 2015, che reca la disciplina regionale in materia di immigrazione. Nonostante la Corte costituzionale non si sia ancora pronunciata, l'analisi della legge e dei rilievi formulati dal Governo può costituire l'occasione per riflettere sull'evoluzione della legislazione regionale nel quadro, più generale, dei rapporti tra Stato e Regioni in questo ambito.

In questa prospettiva si ritiene opportuno procedere innanzitutto ad una disamina della giurisprudenza costituzionale in merito al riparto di competenze tra Stato e Regioni in questo settore, così da individuare i criteri usati dalla Corte per dirimere i conflitti sorti successivamente alla riforma del titolo V della Costituzione. Successivamente, si svolgerà una ricostruzione del quadro normativo regionale con particolare attenzione alle differenze tra le discipline legislative intercorse dal 2005 ad oggi.

L'analisi dell'esperienza del Friuli Venezia Giulia è di particolare interesse in quanto, essendo terra di confine, la Regione è da sempre un laboratorio per il multiculturalismo e l'integrazione². Dal punto di vista legislativo, però, la materia dell'immigrazione ha cominciato a farsi strada solo a partire dagli anni Novanta, poiché in precedenza l'attenzione del legislatore regionale era piuttosto rivolta al fenomeno del reinserimento delle persone emigrate nel territorio regionale³. Gli interventi indirizzati agli immigrati, anche quando cominciano a svilupparsi, rimangono comunque frammentari e si caratterizzano per una portata settoriale⁴.

Va del resto ricordato che anche la legislazione statale ha faticato a dare un inquadramento sistematico alla materia e i provvedimenti adottati hanno avuto prevalentemente carattere emergenziale. Il primo intervento normativo che fornisce una base unitaria alla regolamentazione dell'immigrazione è il Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, il c.d. TUI (D.lgs. 286 del 25 luglio 1998). Il TUI, oltre a delineare i diritti e i doveri degli immigrati regolarmente soggiornanti in Italia, prende per la prima volta in considerazione anche le competenze regionali in materia. All'art. 1, co. 4, infatti, autoqualifica le proprie disposizioni come «principi fondamentali» ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, per le materie di competenza legislativa delle Regioni. Invece, per le materie di competenza delle Regioni a Statuto speciale e delle Province autonome, esse hanno il valore di «norme fondamentali di riforma economico-sociale

¹ Ci si riferisce alla l.r. n. 9 del 2019, recante "Disposizioni multisettoriali per esigenze urgenti del territorio regionale" impugnata dal Governo con il ricorso n. 98 del 2019.

² Per una approfondita analisi dei dati relativi alla popolazione straniera nella Regione, si v. http://www.integrazionemigranti.gov.it/leregioni/friuli-venezia-giulia/Pagine/Regione-Friuli-Venezia-Giulia.aspx.

³ La prima legge volta a fornire aiuti agli emigrati di ritorno in Regione è la l.r. n. 24 del 26.06.1970 (Istituzione della Consulta regionale dell'emigrazione e provvidenze a favore dei lavoratori emigrati e delle loro famiglie), seguita dalla l.r. n. 59 del 10.11.1976 [(Nuova disciplina in materia di emigrazione (abrogata)].

⁴ Gli interventi normativi, in parte abrogati successivamente, si inseriscono prevalentemente nelle leggi finanziarie. Si ricordano, a titolo di esempio, l'art. 21 (Assistenza agli immigrati extracomunitari) della l.r. n. 29 del 9.07.1990; l'art. 7 (Soppressione dell'ERMI) della l.r. n. 11 del 26.04.1999; l'art. 17 (Disposizioni in materia di immigrazione) della l.r. n. 13 del 3.07.2000; il comma 26 dell'articolo 3 e il comma 31 dell'art. 8 della l.r. n. 4 del 26.02.2001 che istituisce e predispone un fondo per il Servizio autonomo dell'immigrazione con sede nella città di Udine; i commi 23, 24 e 25 dell'art. 13 (Disposizioni in materia di politiche sociali e immigrazione) della l.r. n. 13 del 15.05.2002.

della Repubblica». Inoltre, all'art. 3, co. 5, è recepita la necessità di predisporre un sistema di programmazione multilivello, prevedendo che «nell'ambito delle rispettive attribuzioni e dotazioni di bilancio, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti locali» sono chiamati a intervenire per «rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli stranieri nel territorio dello Stato, con particolare riguardo a quelli inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale». Il TUI ha fotografato uno degli elementi caratterizzanti della legislazione sull'immigrazione ovvero l'impossibilità di delimitare rigidamente l'azione dei vari attori istituzionali. Da qui l'esigenza di preordinare quella che successivamente sarà denominata "governance multilivello", attraverso il coinvolgimento sia di soggetti pubblici, quanto di soggetti privati⁵. A ragion del vero occorre, tuttavia, precisare che, in questo contesto di assenza quasi totale dello Stato, le Regioni hanno svolto un ruolo di precursori, predisponendo politiche pubbliche di welfare in favore degli stranieri⁶. Si potrebbe ritenere che l'architettura delineata dal TUI sia stata smantellata dalla revisione costituzionale; al contrario, anche dopo la modifica costituzionale, il Governo ha continuato ad usarlo per valorizzare la «corresponsabilità necessaria dei vari livelli di governo nella gestione del fenomeno»⁷.

La modifica del Titolo V, Parte II, della Costituzione, com'è noto, ha ridisegnato il riparto di competenze tra Stato e Regioni. La riforma ha conservato il «modello duale di autonomia regionale»⁸, preservando le «forme e condizioni particolari d'autonomia» riconosciute alle Regioni a Statuto speciale mediante la c.d. "clausola di maggior favore"⁹.

Le innovazioni sulle quali ci si intende soffermare sono due. La prima è il conferimento allo Stato della competenza esclusiva nelle materie indicate all'art. 117, co. 2, tra le quali figurano «immigrazione», «asilo» e «condizione giuridica dei cittadini di

⁵ In merito è stato aperto un ampio dibattito, si v. ex multis E. ROSSI, Politiche per gli stranieri, sussidiarietà e terzo settore: un'introduzione, in Le Regioni, n. 5-6/2019, 1687-1700; L. VIOLINI, Immigrazione e sussidiarietà, ivi, 1831-1842; F. CAMPOMORI, La governance multilivello delle politiche di accoglienza dei richiedenti asilo e rifugiati in Italia, in Le istituzioni del federalismo, n. 1/2019, 5-20; S. PENASA, Enti locali e sistema di protezione: da una accoglienza "di emergenza" a una accoglienza "integrata"? Spunti di comparazione tra Italia e Austria, in J. WOELK, F. GUELLA, G. PELACANI (a cura di), Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'"emergenza immigrazione". La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 167 ss. e S. CONGIA, La Governance multilivello per le politiche d'integrazione, in L. RONCHETTI, La Repubblica e le migrazioni, Milano, 2014, 87-104.

⁶ Si v. C. Corsi, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri*, in *RivistaAic*, n. 1/2018, 1-30; M. Dogliani, *Autonomie regionali e innovazione politica*, in Id. (a cura di), *La ricerca dell'ordine perduto*, Bologna, 2015, 439 ss.; L. Ronchetti, *I diritti di cittadinanza degli immigrati e il ruolo delle regioni*, in Id. (a cura di), *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, 2012, 29-54 e già prima della riforma A. Patroni Griffi, *I diritti dello straniero tra costituzione e politiche regionali*, in L. Chieffi (a cura di), *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, 1999, 350.

⁷ C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2018, 141-180, spec. 150.

⁸ L. CASTELLI, Autonomia locale e specialità regionale dopo la riforma del Titolo V, in Giornale di diritto amministrativo, n. 6/2007, 582.

⁹ La clausola è prevista dall'art. 10 della l. cost. n. 3 del 2001, il quale stabilisce che «Sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite». Questo adeguamento non è stato realizzato dal Friuli Venezia Giulia, il quale ha solo compiuto un primo passo con la l.r. n. 12 del 2 aprile 2004 (Istituzione, attribuzioni e disciplina della Convenzione per la stesura del nuovo Statuto speciale di autonomia della Regione Friuli Venezia Giulia).

Stati non appartenenti all'Unione europea». Nel prosieguo del presente lavoro, si farà riferimento a quest'ultima con la più semplice espressione «condizione giuridica dello straniero». Nel contempo, però, è stata ribaltata la logica precedente alla riforma stabilendo una competenza residuale e generale delle Regioni in tutte le materie non previste espressamente nel secondo e nel terzo comma. Inoltre al terzo comma sono elencate le materie di competenza concorrente, molte delle quali si intersecano con quelle di competenza esclusiva statale. La riforma ha, dunque, esteso le competenze regionali in riferimento a molte materie inerenti ai diritti sociali - come ad esempio l'assistenza sociale, la tutela della salute, il lavoro - le quali incidono sulla «condizione giuridica dello straniero».

La seconda novità riguarda la previsione di forme specifiche di coordinamento fra Stato e Regioni per le materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'art. 117, ovvero «immigrazione» e «ordine pubblico». La ratio è da rinvenirsi nella considerazione che esse sono attuate mediante attività che fanno capo a livelli di governo diversi. Occorre, tuttavia precisare che, mentre è stato chiarito il concetto di «ordine pubblico», manca una definizione chiara di «immigrazione» 10. Ciò ha condotto la dottrina costituzionalista maggioritaria a continuare a leggere in maniera unitaria i termini «immigrazione» e «condizione giuridica dello straniero», riconducendo sostanzialmente il secondo al primo¹¹. Secondo questa teoria "unitaria" lo Stato avrebbe competenza legislativa in materia di controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale, mentre le Regioni avrebbero competenza, a titolo concorrente o esclusivo a seconda della collocazione data dall'art. 117 Cost., in materia di integrazione degli stranieri e politiche sociali collegate. Le Regioni sarebbero chiamate a svolgere un ruolo di programmazione, mentre il livello locale si occuperebbe del momento attuativo¹². Viene effettuata, in sintesi, una distinzione tra politiche della

¹⁰ Già nella bozza di riforma la materia dell'immigrazione compariva tra quelle di competenza statale, ma insieme alle altre materie "internazionalistiche" che oggi sono inserite nella lett. a). Solo nel corso del dibattito in Aula alla Camera dei deputati, con l'emendamento approvato nella seduta del 20 settembre 2000, l'«immigrazione» diventa una materia autonoma, ma sussiste ancora lo stretto legame con la «condizione giuridica dello straniero» e con altre materie a cui si collega trasversalmente, si v. Senato della Repubblica - Servizio Studi - Ufficio ricerche sulle questioni regionali e delle autonomie locali, Il "referendum sul federalismo" - Schede di lettura del testo che modifica il titolo V della parte II della Costituzione, sottoposto a referendum il 7 ottobre 2001.

¹¹ Tra i primi ad esporre questa tesi, si ricordano ex multis A. RUGGERI, C. SALAZAR, Ombre e nebbia» nel riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del titolo V, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e Spagna, Valencia, 2005, 355 e T. CAPONIO, Città italiane e immigrazione, Bologna, 2006, 28, il quale introduce anche una terza categoria: le politiche per i migranti, cioè misure di prima accoglienza ed assistenza per quei soggetti presenti sul territorio, ma il cui stato giuridico è incerto.

¹² Questa tesi è avvalorata dalla Corte cost., sent. n. 50 del 2008. La Corte dichiara lesivo delle competenze regionali l'intervento statale di creazione di un Fondo per le politiche sociali, in quanto «il legislatore ha inteso perseguire, come risulta anche dalla stessa denominazione del Fondo, una chiara finalità di politica sociale, prevedendo uno stanziamento di risorse finanziarie al fine di assicurare l'adozione delle suddette misure di assistenza. Ne consegue che la norma in esame, non prevedendo un intervento pubblico connesso alla programmazione dei flussi di ingresso ovvero al soggiorno degli stranieri nel territorio nazionale, non rientra nella competenza legislativa esclusiva statale in materia di immigrazione, ma inerisce ad ambiti materiali regionali, quali quelli dei servizi sociali e dell'istruzione (sentenza n. 300 del 2005, nonché, sia pure con riferimento ad una fattispecie diversa, sentenza n. 156 del 2006)» (punto 9). Nella medesima pronuncia si afferma che quando una normativa «si trovi all'incrocio di materie attribuite dalla Costituzione alla potestà legislativa statale e regionale, senza che sia individuabile un ambito materiale che possa considerarsi nettamente prevalente sugli altri [...] secondo la giurisprudenza costante di questa Corte, la concorrenza di competenze, in assenza di criteri contemplati in Costituzione e avendo riguardo alla natura unitaria e

immigrazione, concernenti l'insieme delle condizioni che regolano l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dei cittadini extracomunitari dal territorio dello Stato, e politiche per l'immigrazione, ovvero tutti quegli interventi che si sostanziano nella erogazione di servizi socio-assistenziali e volti a favorire dinamiche di integrazione ¹³. In questo modo lo spazio di azione regionale è confinato al secondo ambito, senza alcuna possibilità di estensione¹⁴. Altra parte della dottrina, invece, ha preferito dare un'interpretazione letterale valorizzando la distinzione tra «immigrazione» e «condizione giuridica dello straniero». Vengono individuate tre ragioni che renderebbero necessaria una distinzione, giustificando così la scelta fatta in sede di riforma costituzionale¹⁵. Prima di tutto occorrerebbe conferire un significato autonomo ai due termini anche alla luce del dettato dell'art. 118, il quale è applicato solo alla materia dell'«immigrazione» 16. Inoltre, la «condizione giuridica dello straniero» intesa quale «complesso di situazioni giuridiche attive di natura assistenziale che contribuiscono a delineare il suo status nell'ordinamento italiano» è soggetta a una molteplicità di fattori, che conducono a modularla in maniera diversa a seconda delle esigenze¹⁷. Ciò dovrebbe sottrarla all'assimilazione alla categoria dell'immigrazione, che, invece, necessita di una regolamentazione omogenea in tutto il territorio nazionale¹⁸. Infine, la materia dell'immigrazione, così come quella dell'ordine pubblico, va distinta dal «diritto di asilo», anch'esso ricompreso nella lett. a), in quanto i primi due vedono il soggetto titolare di un mero interesse legittimo, il terzo rappresenta

indivisa del Fondo in esame, giustifica l'applicazione del principio di leale collaborazione (sentenze nn. 201, 24 del 2007; nn. 234 e 50 del 2005), che deve, in ogni caso, permeare di sé i rapporti tra lo Stato e il sistema delle autonomie» (punto 7.1). La sentenza è commentata da F. BIONDI DAL MONTE, *La Corte costituzionale torna sui fondi statali vincolati, con alcune novità in materia di immigrazione*, in *Le Regioni*, n. 3/2008, 638-657.

¹³ Compie questa distinzione per primo T. CAPONIO, Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di welfare e politiche di sviluppo, in Le Istituzioni del Federalismo, 2004, 805 ss., che a sua volta richiama T. HAMMAR, Democracy and the Nation State, Averbury, 1990.

¹⁴ C. Panzera, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, cit., 146. Occorre, inoltre, ricordare che a partire dalla legge Bossi-Fini (l. n. 189/2002) si è intervenuto sul T.U.I. modificandolo generalmente in senso restrittivo ed in particolare in riferimento alle politiche di integrazione.

¹⁵ P. Bonetti, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione,* in *Le Regioni*, n. 2-3/2002, 523-4.

¹⁶ Sono di questa opinione D. STRAZZARI, Riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione: alla ricerca del confine perduto?, in Le Regioni, n. 5/2006, 1036-1046; ID., Stranieri regolari, irregolari, neocomunitari o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte, in Le Regioni, n. 5/2011, 1037-1041; P. BONETTI, Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione, cit., spec. 488.

¹⁷ C. PANZERA, *Immigrazione e diritti nello Stato regionale. Spunti di riflessione*, cit., 165, il quale riprende sostanzialmente la definizione già fornita da G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana*, Padova, 1992, 115.

¹⁸ In base alla logica del sistema, la quale prevede una competenza generale e residuale delle Regioni, dovrebbe conseguire che le nuove norme in materia di competenza esclusiva statale vadano interpretate restrittivamente, così C.E. GALLO, *Le fonti del diritto nel nuovo ordinamento regionale. Una prima lettura*, Torino, 2001, 91. Ciò si giustifica ancor più nei casi in cui la trasversalità delle materie esclusive statali intacca l'autonomia politica regionale, così S. BALDIN, *La competenza esclusiva statale sull'immigrazione vs. la legislazione regionale sull'integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2005, 4. Allo stesso tempo, tuttavia, alcuni autori prospettavano che «è assai probabile che la necessità di ritenere che le materie previste dal secondo comma dell'art. 117 Cost. siano di stretta interpretazione in futuro cederà e che, come è avvenuto negli Stati federali, le esigenze dell'unità prevarranno su quelle della diversificazione», così P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, cit., 488.

Д	MBIENTEDIRITTO

un vero e proprio diritto soggettivo¹⁹. Immigrazione, ordine pubblico e diritto di asilo sono di competenza esclusiva statale, ma mentre la prima e il secondo sono soggetti al coordinamento Stato-Regioni, il terzo ne è sottratto. La differenziazione compiuta dal legislatore tra «immigrazione», «condizione giuridica dello straniero» e «diritto di asilo» non è quindi pleonastica, ma trova una ratio nel riconoscimento di tre distinte situazioni giuridiche.

La tradizionale distinzione tra politiche per gli immigrati e politiche della immigrazione è stata, altresì, criticata da chi afferma i suoi limiti e la sua contraddittorietà applicata al riparto competenziale²⁰. I limiti emergono nel momento in cui si considera che è impossibile una distinzione netta delle competenze legislative. Sotto un altro punto di vista, alla compenetrazione tra competenze si aggiunge la complessità in sé della materia immigrazione, poiché le politiche regionali per gli immigrati «non si esauriscono nella formulazione di nuove o più aggiornate leggi, ma si fondano anche su una complessa produzione di atti amministrativi, soprattutto di natura programmatoria, nonché di atti assolutamente atipici adottati in accordo con lo Stato o altri»²¹. Inoltre dalla teoria tradizionale potrebbe derivare una lettura "statocentrica" delle competenze con la conseguenza di «riconoscere in capo allo Stato la competenza di fissare in termini generali e uniformi per tutto il territorio nazionale la "dotazione" di diritti fondamentali dei non cittadini, ed a farlo in maniera per così dire "tassativa", e vincolante per i legislatori regionali»²². Ciò trasformerebbe le Regioni in mere esecutrici del dettato statale e paralizzerebbe la loro capacità di rispondere alle esigenze di differenziazione.

Le medesime constatazioni portano anche a rigettare la tesi letterale. Bisogna, infatti, considerare che, sebbene, il termine «immigrazione» sia stato inserito all'interno dell'art. 118, esso rappresenta una materia in cui è preponderante l'esigenza di unitarietà; d'altra parte la «condizione giuridica dello straniero» è una materia "fluida". Essa sfugge ad un inquadramento preciso, poiché, come già ricordato, coinvolge una molteplicità di singoli diritti. Inoltre, in generale, il criterio letterale non appare la giusta chiave di lettura del nuovo Titolo V²³, tanto che la Corte costituzionale l'ha dovuto "riscrivere"²⁴. Limitandoci al tema in esame, nel supplire al legislatore costituzionale, la

¹⁹ Differenzia le due situazioni soggettive in rapporto al riparto di competenze P. BONETTI, *Ivi*, 528.

²⁰ M. VRENNA, *Le Regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNA (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, Bologna, 2013, 425.

²¹ M. ROSINI, M. TOMASI, *Il ruolo delle Regioni nella definizione ed implementazione delle politiche di integrazione dei cittadini stranieri: uno studio degli atti normativi*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2018, 817-876.

²² P. GIANGASPERO, Gli spazi per le politiche regionali in materia di tutela dei diritti sociali dei cittadini di Paesi terzi, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa, Torino, 2015, 76.

²³ È stato evidenziato come, sebbene l'elencazione delle materie legislative sia l'architrave della riforma, essa sia stata eseguita in modo «approssimativo»: A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003, 15-23. Tra i tanti che hanno ripreso il suo pensiero, si ricordano S. MANGIAMELI, *Immigrazione e competenze*, in *Le Regioni*, n. 5-6/2019, 1453-1458 e A. RUGGERI, "*Itinerari*" di una ricerca sul sistema delle fonti, Torino, 2019. Per una ricostruzione della interpretazione degli elenchi di materie di cui all'art. 117, Cost., si veda per tutti, T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2012.

²⁴ L. RONCHETTI, *Gli anni della riscrittura del Titolo V*, in N. VICECONTE, P. COLASANTE (a cura di), *La giustizia costituzionale e il «nuovo» regionalismo. Risultati della ricerca presentata al Seminario di studi* (Roma, 29 maggio 2012), vol. II, Milano, 2013, 31 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

Corte ha aderito alla prima tesi, ma mitigandola, ed ha trovato un equilibrio tra il depotenziamento del ruolo dello Stato e le spinte centraliste²⁵.

2. Il riparto di competenza nella giurisprudenza costituzionale e il principio di ragionevolezza.

L'incertezza normativa ha aperto la strada a una lunga serie di ricorsi in via principale davanti alla Corte costituzionale in merito al riparto di competenze tra Stato e Regioni nella materia della legislazione relativa agli stranieri²⁶. Questi ricorsi hanno fornito l'occasione alla Corte di ristabilire un equilibrio, dando una «lettura tendenzialmente restrittiva della riserva statale e spesso estensiva delle competenze regionali»²⁷. Occorre però precisare che se abbondano pronunce aventi ad oggetto leggi regionali, il contributo della giurisprudenza costituzionale in merito alle leggi statali è più limitato²⁸. Questa asimmetria, com'è noto, deriva dalla formulazione dell'art. 127 della Cost.: infatti, in base al primo comma, lo Stato può ricorrere alla Corte ogni volta che una legge regionale ecceda le competenze della Regione. La Corte costituzionale ha interpretato tale previsione nel senso che lo Stato, in quanto portatore dell'"istanza unitaria", può impugnare una legge regionale anche se essa non si caratterizzi per uno sconfinamento di competenze, ma violi qualsiasi parametro della Costituzione. Ciò comporta che lo Stato al momento di decidere se impugnare una legge regionale debba, altresì, valutare se la differenziazione, propria della normativa regionale, non sfoci in discriminazione. Le Regioni, invece, possono ricorrere nei confronti della legislazione statale lamentando, solo, l'ingerenza nella propria sfera di competenza da parte della legislazione dello Stato o di un'altra Regione²⁹. L'unico caso eccezionale nel quale la Regione può usare parametri diversi si ha qualora i vizi lamentati "ridondino" sulle

²⁵ L. RONCHETTI, *The Judicial Construction of Italian Regionalism*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Italian Regionalism: Between Unitary Traditions and Federal Processes. Essays on federalism and Regionalism*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, 379-404.

²⁶ Si ricordano *ex multis* Corte. cost., sent. n. 300 del 2005; sentt. n. 30 e n. 156 del 2006; sentt. n. 134, n. 269 e n. 299 del 2010; sent. n. 61 del 2011. La sent. n. 300 del 2005, al punto 4, basa le proprie argomentazioni sulle previsioni degli artt. 1, co. 4 e 2, co. 4 del TUI, oltre che dell'art. 2-bis, introdotto dalla l. n. 189 del 2002, che «nell'istituire presso la Presidenza del Consiglio dei ministri il "Comitato per il coordinamento e il monitoraggio" delle disposizioni del testo unico, al comma 2 prevede che di esso faccia parte anche «un presidente di regione o di provincia autonoma designato dalla Conferenza dei presidenti delle regioni e delle province autonome», e che «per l'istruttoria delle questioni di competenza del Comitato, è istituito un gruppo tecnico di lavoro presso il Ministero dell'interno», che è composto, tra gli altri, da tre esperti designati dalla Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281». La sentenza è commentata da P. PASSAGLIA, «*Immigrazione*» *e «condizione giuridica» degli stranieri extracomunitari: la Corte costituzionale precisa i termini del riparto di competenza (...e torna sulla portata delle enunciazioni di principio contenute negli statuti)*, in *Foro it.*, 2006, I, 351; S. BALDIN, *La competenza esclusiva statale sull'immigrazione vs. la legislazione regionale sull'integrazione sociale degli immigrati: un inquadramento della Corte costituzionale,* cit., 4, secondo la quale, tuttavia, la suddivisione tra politiche di immigrazione e politiche per l'immigrazione «disconosce di fatto degli strumenti di compartecipazione».

²⁷ D. LOPRIENO, Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio, in Consulta online, 2018, 270-271.

²⁸ Si ricorda Corte cost., sent. n. 50 del 2008, per il cui commento si rimanda alla nota 12.

²⁹ Sul tema, si v. C. PADULA, L'asimmetria nel giudizio in via principale, Padova, 2005.

attribuzioni regionali, ma la Corte ha valutato molto severamente le motivazioni poste a base di tali contestazioni, giudicando i ricorsi quasi sempre inammissibili³⁰.

Ripercorrendo l'evoluzione della giurisprudenza in merito alle leggi regionali rilevanti rispetto al tema dell'immigrazione, si può notare che, fin dalle prime pronunce, emerge una distinzione³¹. Da una parte la regolamentazione dell'ingresso, soggiorno ed allontanamento viene fatta rientrare nella materia dell'«immigrazione» in senso tecnico, di competenza esclusiva statale. Dall'altra si esclude che la fase del riconoscimento dei diritti e doveri dello straniero possa essere ricompresa nell'art. 117, co. 2, lett. b), Cost. e si ammette una competenza concorrente e residuale delle Regioni³². Secondo la Corte, infatti, «risulta che in materia di immigrazione e di condizione giuridica degli stranieri è la stessa legge statale che disciplina una serie di attività pertinenti al fenomeno migratorio e agli effetti sociali di quest'ultimo, e che queste vengono esercitate dallo Stato in stretto collegamento con le Regioni alle quali sono affidate direttamente alcune competenze»³³. Inoltre ciò si collega alla considerazione che «l'intervento pubblico non può limitarsi al controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale ma deve anche necessariamente considerare altri ambiti - dall'assistenza sociale all'istruzione, dalla salute all'abitazione - che coinvolgono competenze normative, alcune attribuite allo Stato ed altre attribuite alle Regioni»³⁴.

Successivamente a queste prime pronunce i conflitti non sono cessati, bensì si sono intensificati³⁵. A partire dal 2010, infatti, un secondo filone giurisprudenziale ha contribuito a chiarire il ruolo delle Regioni³⁶. Si tratta di conflitti che vedono da una

³⁰ Sul concetto di "ridondanza", si v. D. TEGA, I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti, in Quad. cost., n. 2/2019, 413 ss..

³¹ Probabilmente la Corte segue questo indirizzo perché ancora è agganciata alla logica precedente alla riforma. La Corte, infatti, si basa a vario titolo sugli articoli del TUI: l'art. 38, in merito all'istruzione; l'art. 40, relativo alle politiche abitative; l'art. 42, in materia di integrazione sociale.

³² Si veda, ad esempio, al punto 5, Corte cost., sent. n. 300 del 2005.

³³ Punto 3, Corte cost. sent. n. 156 del 2006. La questione nasce dal ricorso promosso dal Governo per la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli art. 16, c. 3 e art. 21, c. 1 lett. f), l.r. Friuli Venezia Giulia n. 5 del 2005 (Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati), nella quale la Corte adotta nuovamente quale riferimento normativo il TUI, in particolare gli artt. 3, 38 e 40. Per un commento della sentenza, si v. D. STRAZZARI, *Riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione: alla ricerca del confine perduto?*, cit., 1036-1046.

³⁴ *Ibidem.* Aderiscono ad una concezione ampia della materia «immigrazione» molte altre sentenze emesse a seguito di giudizi in via incidentale, si v. *ex multis* Corte cost., sentt. n. 172 del 2012, n. 202 del 2013 e n. 277 del 2014. Attraverso questa lettura, tuttavia, secondo alcuni autori la Corte restringe nei fatti la competenza esclusiva statale relativa alla materia di «condizione giuridica dello straniero», la quale si deve interpretare in senso restrittivo ovvero soltanto rispetto al complesso dei diritti civili, sociali e politici di cui lo straniero deve essere titolare e che discendono, a norma dell'art. 10, co. 2, Cost., dalle norme e dai trattati internazionali ai quali la legge deve conformarsi, di questa opinione: P. BONETTI, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, cit., 522.

³⁵ A partire, infatti, dall'introduzione del reato di "Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato" [avvenuto ad opera dell'art. 1, comma 16, lettera a), della l. n. 94 del 15 luglio 2009 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica) che ha introdotto l'art. 10-bis del D.lgs. n. 286 del 1998, disposizione in forza della quale, «salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro»)] il Governo ha impugnato le leggi regionali di Toscana, Campania e Puglia. L'art. 10-bis è stato salvato dalle censure di incostituzionalità dalla Corte Cost., sent. n. 250 del 2010.

³⁶ Si ricordano *ex multis* Corte cost., sentt. n. 269 e n. 299 del 2010 e n. 61 del 2011, commentate da F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, n. 5/2011, 1086-1110; D. STRAZZARI, *Stranieri*

parte le politiche "repressive" e securitarie del Governo e dall'altra, tranne qualche eccezione³⁷, leggi regionali che vanno nella direzione opposta; il conflitto tra centro e periferia non è altro che uno scontro tra due policy contrastanti. Il fil rouge è rappresentato dal riconoscimento dei diritti fondamentali agli stranieri irregolari da parte delle legislazioni regionali. Il ragionamento costante che la Corte compie parte dalla sua precedente giurisprudenza che, facendo perno sull'art. 3 della Costituzione, afferma la valenza universale delle garanzie apprestate dalla Costituzione³⁸. Il principio di uguaglianza, quindi, non ammetterebbe alcuna differenziazione tra cittadini, ma anche tra cittadini e stranieri, siano essi regolari o irregolari: «la Corte ha ritenuto di poter utilizzare il ricco bagaglio di argomenti utilizzato fin dal 1967 [per] dire, in sostanza, che i diritti fondamentali non conoscono permessi di soggiorno»³⁹. La Corte compie un passo in avanti affermando che, per quanto concerne i diritti sociali, le Regioni hanno la possibilità di ampliare il loro riconoscimento anche agli stranieri irregolari e ciò perché non farebbero altro che assicurare il rispetto di diritti fondamentali all'interno delle proprie competenze⁴⁰. In altre parole devono essere riconosciuti anche quei diritti sociali strumentali al godimento dei diritti fondamentali. La scelta dei beneficiari deve però avvenire in base ad un principio di ragionevolezza. Ne deriva che non tutti gli articoli del TUI possono essere letti quali principi fondamentali, ma l'art. 1, co. 4 del TUI sembra invocabile solo «nell'ambito delle materie di competenza concorrente regionale e in riferimento a disposizioni che possono effettivamente qualificarsi come principi fondamentali della materia» 41. Il carattere trasversale della disciplina dello straniero ha permesso così alle Regioni di intervenire in modo indiretto: la produzione legislativa regionale, infatti, ha «voluto

regolari, irregolari, neocomunitari o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte, ivi, n. 5/2011, 1036-1046; L. RONCHETTI, Ultimi atti del conflitto tra Stato e Regioni tra immigrazione e integrazione degli stranieri, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 00/2010, 1-8; A. SCIORTINO, "Volevamo braccia, sono arrivati uomini". Nota a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 299 del 2010, in Nuove Autonomie, n. 3/2010, 763 e ss.. e A. RANDAZZO, La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?, in Consulta online, 1/2012, 1-31.

³⁷ Si ricorda Corte cost., sent. n. 40 del 2011 che ha ad oggetto l'art. 4, l.r. n. 6 F.V.G. del 2006, così come modificato dall'art. 9, co. 51 della l.r. n. 24 del 2009, che rendeva accessibile il sistema integrato di interventi e servizi sociali soltanto ai «cittadini comunitari residenti in regione da almeno trentasei mesi».

³⁸ G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del «pacchetto sicurezza». Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010*, in *Giur. Cost.*, n. 5/2010, 3901-3910. La prima sentenza in merito è la n. 120 del 1967, nella quale la Corte costituzionale in realtà compie un ragionamento parzialmente diverso, ovvero riferisce l'art. 3, Cost. ai soli cittadini, ma ne amplia l'ambito di applicazione, cfr. F. SORRENTINO, *Uguaglianza e immigrazione*, in L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 117-122. In precedenza la scelta interpretativa della Corte era stata criticata da M. CUNIBERTI, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2/2006, 516. Da ultimo, sui principi di eguaglianza e di non discriminazione con riguardo agli stranieri, si v. il contributo di F. CORVAJA, *Quanto eguali? Cittadini e stranieri tra principi di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in G. P. DOLSO (a cura di), *Dignità*, *eguaglianza e Costituzione*, Trieste, 2019, 139-200.

 ³⁹ P. CARROZZA, Diritti degli stranieri e politiche regionali e locali, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri, Napoli, 2017, 103-104.
 ⁴⁰ Si ricorda il punto 2.2.1 della Corte cost., sent. n. 269 del 2010.

⁴¹ F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 1104, la quale fa derivare questa conseguenza dal punto 2.2.1 della decisione della Corte cost., sent. n. 299 del 2010. In precedenza l'autrice si era già occupata del problema emerso nelle sentt. n. 306 del 2008 e n. 11 del 2009, F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 5/2008, 569 ss.

espressamente agganciare i propri ambiti di incidenza ad una lettura sociale della cittadinanza regionale, denominando i sistemi integrati dei servizi sociali – di competenza residuale – come "diritti di cittadinanza sociale"»⁴².

È infine necessario ricordare un terzo filone giurisprudenziale in cui, accanto alla continua affermazione dei diritti fondamentali riconoscibili erga omnes, è evidente una tendenza di decentramento⁴³. In definitiva la Corte non fa che rimarcare il ruolo degli enti territoriali «i quali hanno il compito di soddisfare quei diritti sociali proprio in considerazione della loro "prossimità, culturale e territoriale, rispetto alle esigenze della comunità che vive ed opera in quell'ambito"»⁴⁴. In particolare, sono delineate con più chiarezza le competenze degli Enti locali, i quali si presentano come protagonisti, insieme alle Regioni, nell'attuazione delle politiche di welfare⁴⁵. Allo Stato residuerebbe una competenza esclusiva nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art. 117, co. 2, lett. m), Cost.). Questa residualità delle competenze, tuttavia, non fa venire meno il suo ruolo di garante dei diritti anche nei confronti delle Regioni; quest'ultime, infatti, potrebbero, attraverso la regolamentazione delle prestazioni sociali, necessariamente circoscritte in ragione dei vincoli di bilancio, giungere a delle discriminazioni di fatto.

In conclusione, si vogliono mettere in luce due elementi, tra loro connessi, che emergono dalla seconda e dalla terza stagione di pronunce. In primo luogo, va segnalato che il conflitto tra Stato e Regioni ha fornito ulteriori elementi utili a delineare uno statuto costituzionale del non cittadino⁴⁶. Più in generale la Corte costituzionale aveva già delineato tale statuto, partendo da questioni di legittimità costituzionale che coinvolgevano le norme legislative sugli stranieri, e aveva fondato le sue decisioni sul

⁴² L. RONCHETTI, *I diritti di cittadinanza degli immigrati e il ruolo delle regioni*, cit., 31. Secondo D. LOPRIENO, *Regionalismo e immigrazione. Le risposte degli ordinamenti regionali italiani al fenomeno migratorio*, cit., 269, la competenza in questo settore taglierebbe «trasversalmente tutte le competenze regionali», convergendo verso «un ambito, o meglio un processo, ossia l'integrazione sociale degli immigrati, che è la cartina al tornasole della "bontà" delle politiche sociali».

⁴³ Questa tendenza è ravvisata da molti autori, *ex multis* F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti* fondamentali, cit., 1096; D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, neocomunitari o persone? Gli spazi d'azione* regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte, cit., 1054 e 1058; L. RONCHETTI, *Ultimi atti del conflitto tra Stato e Regioni tra immigrazione e integrazione degli stranieri*, cit., 3; da ultimo ne parla O. CARAMASCHI, *La dimensione regionale del fenomeno immigratorio tra interventi normativi,* riparto di competenze e giurisprudenza costituzionale, in Federalismi, 5/2020, 8. Tra le molte sentenze, si v. Corte cost. sentt. n. 435 del 2005; n. 156 e n. 30 del 2006; n. 134, n. 269 e n. 299 del 2010; n. 61 del 2011; n. 2, n. 106, n. 107 e n. 166 del 2018; n. 194 del 2019.

⁴⁴ O. CARAMASCHI, La dimensione regionale del fenomeno immigratorio tra interventi normativi, riparto di competenze e giurisprudenza costituzionale, cit., 16, il quale interpreta in tal senso il punto 7.9 della sentenza della Corte cost. n. 194 del 2019. Si erano già espressi in questo senso G.M. FLICK, Nuovi diritti, ruolo delle Regioni e decentramento, in Federalismo fiscale, 1/2010, 9 ss. e A. RUGGERI, Neoregionalismo e tecniche di regolazione dei diritti sociali, in Dir. soc., 2/2001, 198 ss.

⁴⁵ Si v. al riguardo L. CASTELLI, *Il ruolo degli enti locali nell'integrazione e partecipazione dei migranti*, in L. RONCHETTI, *I diritti di cittadinanza degli immigrati. Il ruolo delle regioni*, cit., 165-168 e L. PANZERI, *Fenomeno migratorio e ruolo degli enti locali: prime note*, in *RivistaAIC*, 1/2018, 1-13.

⁴⁶ In letteratura si rileva come sia preferito usare il termine di "non cittadino", piuttosto che di straniero poiché maggiormente idoneo a denominare una categoria più ampia di soggetti, *ex multis* A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, Relazione al convegno su Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri, Reggio Calabria 26-27 marzo 2015, in *Consulta online*, 1/2015, 132-151 e L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni: una premessa.*, in ID., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 7-15, spec. 12 ss.

ΑN	MBIENTEDIRITTO

principio di eguaglianza. Essa ha interpretato il principio di uguaglianza in senso sostanziale, ovvero quale divieto di differenze non ragionevoli, anche in riferimento al non cittadino. Ha, dunque, incardinato il criterio di ragionevolezza nel giudizio di uguaglianza e ha applicato il primo traducendolo in un bilanciamento tra gli interessi in gioco.

In secondo luogo, la ragionevolezza è divenuta la lente sotto la quale la Corte costituzionale, più volte adita in via principale, ha valutato la normativa regionale. Si ricorda, in quanto ciò è strettamente collegato con l'impugnazione della l.r. n. 9 del 2019, che il principio di ragionevolezza è stato usato per valutare il carattere discriminatorio o meno del criterio del radicamento territoriale introdotto dalle Regioni. Un'ampia giurisprudenza al riguardo si ha in merito al requisito della residenza qualificata per accedere a dei benefici statali, in particolare all'accesso all'edilizia popolare. Su tali aspetti la Corte non si è espressa in modo pienamente uniforme⁴⁷.

Dalla giurisprudenza maggioritaria emerge che il criterio della residenza non è irragionevole a priori. Esso può essere introdotto nel rispetto dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza. Tali principi sono stati declinati in vario modo, ad esempio è stato previsto che il periodo della residenza non debba essere eccessivamente lungo oppure che vi debba essere una «ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio»⁴⁸.

Il giudizio di ragionevolezza si lega così ad una sempre più marcata "dimensione regionale" della regolamentazione dell'immigrazione, la quale, in estrema sintesi, «può assumere un rilievo dirimente nella concessione o nel diniego del beneficio, dato che la Regione, quale ente esponenziale della relativa collettività, può favorire i residenti da un dato tempo, anche in virtù del contributo portato al progresso della comunità, a meno che tale profilo non sia recessivo a fronte di "provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona"»⁴⁹.

⁴⁷ La prima importante sentenza è la n. 432 del 2005 in cui si afferma che il criterio della residenza non è irragionevole, ma può esserlo la richiesta della protrazione per un dato periodo di tempo. Dello stesso indirizzo: Corte cost., sent. n. 106 del 2018, punto 3.3, la quale riprende la sent. n. 222 del 2013, in materia di accesso alle prestazioni sociali nella Regione Friuli Venezia Giulia; sentt. n. 2, n. 4 e n. 133 del 2013 e la n. 168 del 2014. Di senso contrario, ovvero di apertura incondizionata verso l'introduzione del requisito: Corte cost., ord. n. 32 del 2008, commentata da C. CORSI, *Il diritto all'abitazione è ancora un diritto costituzionalmente garantito anche agli stranieri?*, in *Dir. Imm. Citt.*, 3-4/2008, 145 ss.; F. CORVAJA, *Libera circolazione dei cittadini e requisito di residenza regionale per l'accesso all'edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 6/2011, 1257-1277. Successivamente si nota una progressiva chiusura verso l'ammissione del requisito e «le prestazioni di assistenza sociale appaiono così definitivamente sganciate dalla catena della cittadinanza e vengono saldate alla catena del personalismo», B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti svoltosi a Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 212; v. anche L. Montanari, C. Severino (a cura di), *I sistemi di welfare alla prova delle nuove dinamiche migratorie*, Napoli, 2018.

⁴⁸ Punto 1, Corte cost., sent. n. 172 del 2013.

⁴⁹ Punto 7, Corte cost., sent. n. 222 del 2013, commentata da D. Monego, *La "dimensione regionale" nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, 1-2/2014, 244-267. La sent. n. 222 del 2013, nel richiamare la precedente giurisprudenza, opera una distinzione tra le prestazioni sociali ed accoglie solo la questione di incostituzionalità sollevata in relazione all'art. 2 della l.r. n. 16 F.V.G. del 2011 che prescriveva il requisito di una residenza di almeno ventiquattro mesi sul territorio regionale per i fruitori, sia cittadini che stranieri extracomunitari in possesso di permesso di soggiorno di lunga durata, di un contributo economico straordinario. Nel ragionamento della Corte si assiste ad un parziale cambiamento perché la "dimensione regionale" rileva in relazione alle provvidenze legate al sostegno della persona quale membro della comunità e non alla persona in sé.

3. La normativa del F.V.G.

Delineato brevemente il quadro giurisprudenziale di riferimento, si può affrontare l'esperienza del Friuli Venezia Giulia. Dopo la riforma costituzionale del 2001, la Regione è intervenuta con una serie di leggi; in questa sede si possono citare quelle di maggior rilievo. La prima a delineare un impianto organico è la l.r. n. 5 del 4 marzo 2005 (Norme per l'accoglienza e l'integrazione sociale delle cittadine e dei cittadini stranieri immigrati)⁵⁰. La legge modifica la normativa precedente che aveva disciplinato la materia in modo frammentario, attraverso l'inserimento di singoli articoli in interventi di tipo assistenziale o in leggi finanziarie ⁵¹. In seguito la stessa è stata abrogata dall'art. 9, co. 20, lettera a), della l.r. n. 9 del 2008 (Assestamento del bilancio 2008 e del bilancio pluriennale per gli anni 2008-2010 ai sensi dell'articolo 34 della legge regionale 8 agosto 2007, n. 21), il quale nei commi successivi prevede una disciplina transitoria in attesa della revisione delle norme regionali vigenti in materia. Per un nuovo intervento strutturale si dovrà aspettare la l.r. n. 31 del 9 dicembre 2015 (Norme per l'integrazione sociale delle persone straniere immigrate), modificata, come si è ricordato in premessa, dalla l.r. n. 9 del 2019 (Disposizioni multisettoriali per esigenze urgenti del territorio regionale).

Per quanto concerne la normativa oggi in vigore, la l.r. n. 31 del 2015 si occupa dell'integrazione dei migranti instaurando un sistema di accoglienza diffusa, «vale a dire un sistema di accoglienza dei migranti condiviso con le comunità»⁵², tanto da essere premiata quale "migliore iniziativa" in questo campo dalla Conferenza delle Assemblee legislative regionali d'Europa⁵³. Sembrerebbe che la medesima linea sia stata seguita, al tempo della crisi migratoria, a livello statale in quanto il 31 dicembre del 2014 il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Direzione Generale dell'Immigrazione e delle Politiche di Integrazione ha sottoscritto 17 Accordi di programma con le Regioni, tra le quali il F.V.G., «per la programmazione e lo sviluppo di un sistema di interventi finalizzati a favorire l'integrazione sociale e l'inserimento lavorativo dei migranti regolarmente presenti in Italia», nel periodo 2014-2020, secondo una logica di coordinamento ed integrazione delle azioni e degli strumenti finanziari di competenza

⁵⁰ Un'analisi della normativa del F.V.G. è effettuata da L. MONTANARI, *L'integrazione degli immigrati, tra gestione del fenomeno migratorio e tutela dei diritti,* in E. D'ORLANDO, L. MEZZETTI (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Friuli Venezia Giulia*, Torino, 2017, 92-98. Altri esempi di leggi regionali intervenute successivamente alla riforma del Titolo V sono la l.r. Molise n. 1 del 7 gennaio 2000 (Riordino delle attività socioassistenziali e istituzione di un sistema di protezione sociale e dei diritti sociali di cittadinanza), la l.r. n. 11 Campania del 23 ottobre 2007 (Legge per la dignità e la cittadinanza sociale. Attuazione della legge 8 novembre 2000, n. 328); l.r. n. 4 Basilicata del 14 febbraio 2007 (Legge regionale integrata dei servizi di cittadinanza sociale). Sul rapporto tra diritti ed autonomie territoriali, si v. A. MORELLI, L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Torino, 2014, in particolare i contributi di A. LOLLO, *Abitazione degli stranieri e diritti*, cit., 255-265 e A. RANDAZZO, *Salute degli stranieri*, cit., 306-317.

⁵¹ Alcune delle discipline modificate sono la l.r. n. 19 del 30 ottobre 2000 (Interventi per la promozione, a livello regionale e locale, delle attività di cooperazione allo sviluppo e partenariato internazionale); la l.r. n. 7 del 26 febbraio 2002 (Nuova disciplina degli interventi regionali in materia di corregionali all'estero e rimpatriati) e la l.r. n. 24 del 25 ottobre 2004 (Interventi per la qualificazione e il sostegno dell'attività di assistenza familiare).

⁵² Così si legge nel modulo di Partecipazione del Friuli Venezia Giulia al premio del CALRE "Stars of Europe", 1.

⁵³ Nel 2016, infatti, il Friuli Venezia Giulia ha vinto il premio del CALRE "Stars of Europe". Per maggiori informazioni si consulti il sito https://www.calrenet.eu/calre-award-2016.

A	MBIENTEDIRITTO

nazionale e regionale⁵⁴. In base all'accordo, al fine di perseguire l'obiettivo del «consolidamento della governance multilivello in materia di politiche migratorie» 55, era stata prevista la predisposizione ogni anno di un "Piano integrato degli interventi in materia di inserimento lavorativo e di integrazione sociale della popolazione immigrata"⁵⁶.

Ciò premesso, si vuole comprendere se e in quale misura la Regione, da una parte, abbia coordinato la propria azione a quella statale e, dall'altra, abbia perseguito il rispetto dei diritti degli stranieri. A tal fine verrà esaminato analiticamente il testo normativo, evidenziando alcune differenze con la precedente l.r. n. 5 del 2005 e segnalando le modifiche apportate dalla l.r. n. 9 del 2019⁵⁷. Tale raffronto appare essenziale per comprendere il mutamento intervenuto nel corso degli anni.

Per quanto riguarda la struttura, la legge cambia in parte l'impianto di quella del 2005 ed è suddivisa in cinque Capi: «Finalità e destinatari», «Assetto istituzionale e programmazione regionale», «Partecipazione e programmazione», «Interventi per il diritto d'asilo e la tutela» e «Interventi settoriali».

All'art. 1 sono esplicitate le fonti delle competenze regionali. Rispetto al 2005, oltre a quelle internazionali ed europee, sono comprese ulteriori fonti: l'art. 117, Cost., gli artt. 4-7, Statuto regionale e il TUI. Inoltre, al quarto comma, sono ampliate e specificate le finalità della legge, da cui risulta in particolare che non si pongono differenze tra i cittadini e non cittadini per il riconoscimento dei diritti fondamentali e che si auspicano modalità condivise e partecipate di governo del fenomeno dell'immigrazione. L'esigenza di provvedere forme di tutela maggiore per i soggetti (più) deboli, quali i minori stranieri non accompagnati e i richiedenti asilo, espressa nelle lett. a), e), h), trova un'ulteriore conferma al Capo IV, «Interventi per il diritto d'asilo e la tutela», di nuova introduzione. Per quanto riguarda i destinatari, rispetto al 2005 il contesto è cambiato: l'immigrazione è maggiormente diffusa e non è più possibile ricondurla alla sola presenza sul territorio, ma è necessaria una maggiore specificazione. Dall'art. 2 sono, dunque, definite «persone straniere immigrate», e non più «cittadini stranieri immigrati», «le cittadine e i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, i richiedenti asilo e i rifugiati, i titolari di protezione umanitaria e sussidiaria, gli apolidi», i quali possono essere «regolarmente soggiornanti ai sensi della normativa vigente, residenti o domiciliati nel territorio della Regione»⁵⁸. Si presta, inoltre, attenzione alle

⁵⁴ Accordo per la Programmazione e lo sviluppo di un sistema di interventi finalizzati a favorire l'integrazione sociale e l'inserimento lavorativo dei migranti regolarmente preseti in Italia, 3.

⁵⁶ Come si avrà modo di vedere più nel dettaglio, già dal 2005 la normativa regionale aveva previsto la predisposizione di un "Piano regionale triennale" (art. 5, l.r. n. 5 del 2005).

⁵⁷ Per avere un quadro delle problematiche che hanno coinvolto l'applicazione dell'art. 118 Cost, si v. P. BONETTI, L'allocazione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell'ordine pubblico, della sicurezza e dell'immigrazione nel nuovo art. 118 della Costituzione, in Le Regioni, 5/2002, 1121 ss. e Q. CAMERLENGO, Articolo 118, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Commentario alla Costituzione, III, Torino, 2006, 2349-2350.

⁵⁸ Nel 2005, l'art. 2 era così formulato: «Sono destinatari della presente legge le cittadine e i cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea, gli apolidi, i richiedenti asilo e i rifugiati, presenti sul territorio regionale. Detti destinatari sono di seguito indicati come cittadine e cittadini stranieri immigrati. Gli interventi regionali sono attuati in conformità al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modifiche (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). In conformità ai principi di cui all'articolo 1, comma 2, del medesimo decreto legislativo, gli interventi regionali sono estesi alle figlie e ai figli nati in Italia dei destinatari della presente legge e ai cittadini dell'Unione europea, laddove non siano già destinatari di

А	MBIENTEDIRITTO

seconde generazioni, prevedendo al secondo comma che «fra i destinatari della presente legge sono compresi anche le figlie e i figli nati in Italia dei soggetti di cui al comma 1». Rimane immutata la mancanza di riferimenti in ordine alla durata della permanenza sul territorio⁵⁹.

Al Capo secondo si delinea in maniera sintetica l'assetto istituzionale che vede come protagonisti la Regione e gli Enti locali insieme ad enti, organizzazioni senza scopo di lucro ed associazioni di volontariato. In attuazione del principio di sussidiarietà si prevede che spetti agli Enti locali e alle associazioni realizzare nel concreto gli interventi previsti dal "Piano triennale degli interventi", che corrisponde al "Piano regionale integrato per l'immigrazione" previsto dalla legge del 2005, e dai relativi "Programmi annuali" Questi ultimi sono predisposti dalla Regione in attuazione della normativa statale e dell'Unione Europea 1.

Al Capo terzo si chiarisce il ruolo del "Piano triennale" (art. 3) e quello del "Programma annuale" (art. 7). Il primo è lo strumento che «definisce gli indirizzi e le linee strategiche relativi agli interventi idonei a perseguire l'integrazione degli stranieri nella società regionale nel rispetto delle diverse culture e fedi religiose e dei principi fondamentali della Costituzione italiana e [innovando rispettando al 2005] atti ad accompagnare l'eventuale volontario rientro nei rispettivi Paesi di origine»62. Il confronto tra gli attori, di cui al Capo secondo, è realizzato mediante una Conferenza regionale sull'immigrazione, da indire almeno ogni tre anni, «quale luogo aperto di confronto e di scambio tra persone straniere immigrate e cittadini italiani, enti pubblici e privati, organizzazioni del terzo settore, rappresentanze del mondo economico e sindacale»⁶³. Inoltre, dall'art. 9 era prevista la Consulta regionale per l'integrazione delle persone straniere immigrate⁶⁴, che corrispondeva alla previgente Consulta regionale sull'immigrazione. La Consulta è stata, però, soppressa dalla D.G.R. n. 1137 del 22 giugno del 2018, in quanto non inserita nell'elenco degli organismi indispensabili, redatto in attuazione dell'art. 26 della l.r. n. 7 del 2000, inerente al riordino di organi collegiali presso l'amministrazione regionale⁶⁵.

Ritornando al tema della programmazione regionale, il primo "Piano triennale" della Regione Friuli Venezia Giulia, che si colloca nel periodo 2017-2019, va a concretizzare i

benefici più favorevoli».

⁵⁹ Appare interessante ricordare che tra le due leggi è stata emanata la l. r. n. 18 del 2009 (Norme per la valorizzazione della residenza e dell'attività lavorativa in Italia e in regione nell'accesso ai servizi dello Stato sociale), alla quale, invece, era sottesa la *ratio* di privilegiare i cittadini lungo residenti o che lavorassero in Regione da almeno 15 anni. Cfr. A. Di Carlo, *Le politiche di accoglienza e integrazione sociale degli immigrati nelle regioni a statuto speciali. Stato dell'arte e prospettive di intervento*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche, competenze*, cit., 612 ss.

⁶⁰ Artt. 4-5.

⁶¹ Art. 3.

⁶² Art. 6, ex art. 12.

⁶³ Art. 6, co. 4.

⁶⁴ Il primo comma dell'art. 9 istituisce la Consulta, il secondo comma ne elenca i compiti di indirizzo legislativo regionale.

⁶⁵ Art. 26, l.r. n. 7 del 2000: «Al fine di conseguire risparmi di spese e recuperi di efficienza nei tempi dei procedimenti amministrativi, l'Amministrazione regionale e gli Enti regionali, con provvedimenti da emanare entro sei mesi dall'inizio di ogni esercizio finanziario, individuano i comitati, le commissioni, i consigli ed ogni altro organo collegiale con funzioni amministrative ritenute indispensabili per la realizzazione dei fini istituzionali dell'Amministrazione o dell'Ente interessato. Gli organismi non identificati come indispensabili sono soppressi a decorrere dal mese successivo all'emanazione del provvedimento. Le relative funzioni sono attribuite all'ufficio che riveste preminente competenza nella materia».

AMBIENTEDIRITTO

principi della legge regionale delineando una cornice di riferimento comune che è poi attuata dal "Programma annuale" ⁶⁶.

Non si è più di fronte alle ondate migratorie degli anni precedenti, che avevano portato ad adottare a livello statale soluzioni volte al contenimento dei flussi e alla loro gestione nel breve periodo. «La situazione migratoria in Regione appare caratterizzata dalla compresenza di "due immigrazioni": da una parte quella di lungo periodo, radicata e stabile, dall'altra quella nuova ed emergenziale, legata all'arrivo consistente e crescente di profughi. Si tratta di situazioni che hanno caratteristiche profondamente diverse e richiedono approfondimenti differenziati»⁶⁷.

Per fronteggiare queste due tipologie di immigrazione il piano ha individuato quattro finalità⁶⁸: 1) favorire il Rientro Volontario Assistito⁶⁹; 2) potenziare gli interventi per persone in condizione di vulnerabilità⁷⁰; 3) operare per l'integrazione delle persone straniere stabilmente presenti; 4) dare stabilità e struttura alla gestione delle persone richiedenti protezione internazionale⁷¹.

Per ogni finalità sono altresì individuati i soggetti referenti e gli obiettivi strategici. Gli obiettivi indicati dagli strumenti di programmazione devono essere letti insieme ai Capi quarto e quinto della legge regionale del 2015, i cui articoli descrivono gli interventi settoriali. Questi interventi sono da collocarsi nel contesto della legge, la cui ratio è perfettamente riassunta dall'art. 11, co. 2: «[...] la Regione partecipa all'attuazione delle strategie operative, definite dal Tavolo di coordinamento nazionale o regionale del Ministero degli interni, e all'elaborazione delle strategie regionali, garantendo il costante coinvolgimento degli Enti locali, degli Enti del servizio sanitario regionale e delle realtà associative e del terzo settore nell'organizzazione, nei confronti dei richiedenti asilo e dei rifugiati, di un sistema di accoglienza territoriale quanto più diffusa, inclusiva e condivisa con le comunità, di servizi di mediazione culturale e di tutela contro la tratta e ogni forma di schiavitù»⁷². In sostanza si fa proprio un concetto di governance multilivello quale «azione coordinata dell'Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali, fondata sui principi di sussidiarietà e di proporzionalità e sul partenariato, che si concretizza attraverso una cooperazione funzionale e istituzionalizzata intesa a elaborare e attuare le politiche dell'Unione europea»⁷³.

La finalità di favorire il Rientro Volontario Assistito è disciplinata dall'art. 13, il quale non muta l'assetto del 2005, se non nell'aggiunta di un riferimento anche ai programmi regionali. L'ulteriore finalità di potenziare gli interventi per le persone in condizione di vulnerabilità coinvolge sia i minori stranieri non accompagnati (MSNA), sia le vittime di tratta. Per i primi l'art. 14, soggetto a numerosi ritocchi per opera della l.r. n. 25/2016,

⁶⁶ Regione F.V.G., Piano triennale per l'integrazione delle persone straniere immigrate 2017-2019, 3.

⁶⁷ *Ivi*, 5.

⁶⁸ Ivi 8

⁶⁹ *Ivi*, 28-29. Più in generale le misure di Rimpatrio Volontario Assistito con Reintegrazione (RVAeR) sono uno strumento di politica nazionale finanziato dall'Autorità Responsabile del Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014-2020 – Dipartimento libertà civili e immigrazione del Ministero dell'Interno.

⁷⁰ Ivi, 23-27.

⁷¹ Ivi, 9-22.

⁷² La novità è ancora più eclatante se posta in rapporto alla precedente formulazione dell'art. 14, co. 2 della l.r. n. 5 del 2005: «Gli interventi regionali sono prioritariamente mirati al supporto di interventi territoriali di protezione per richiedenti asilo e rifugiati posti in essere dai Comuni, anche in attuazione di programmi finanziati dallo Stato o dall'Unione europea».

⁷³ Si rinvia alla prima formulazione datane in ambito europeo dal Comitato delle Regioni, L*ibro bianco sulla governance multilivello*, 2009, 1.

della l.r. n. 31/2017, della l.r. n. 44/2017 ed infine della l.r. n. 20/2018, prevede una disciplina garantista e improntata al decentramento amministrativo, tenendo conto sia dell'aumento quantitativo, sia del fatto che i minori non accompagnati «si trovano in una condizione di importante vulnerabilità che costituisce un fattore pregiudizievole alla crescita in quanto a rischio di vittimizzazione, marginalità, sfruttamento e abusi»⁷⁴. Per le seconde l'art. 21, co. 4, lett. c) rappresenta un'assoluta novità rispetto alla legge del 2005 e va coordinato con il "Piano nazionale d'azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani (PNA) per gli anni 2016-2018", previsto dall'art. 9 del D.lgs. 24/2014 (attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime)⁷⁵. In conformità al Piano, il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri ha emesso fino ad oggi tre Bandi, ai quali la Regione F.V.G. ha partecipato, per promuovere progetti territoriali di prevenzione e contrasto al fenomeno della tratta e del grave sfruttamento degli esseri umani. Gli obiettivi di operare per l'integrazione delle persone straniere stabilmente presenti e di dare costanza e struttura alla gestione delle persone richiedenti protezione internazionale sono trattati dal Piano in maniera unitaria, probabilmente perché entrambi rivolti ai soggiornanti di lungo periodo e all'affermazione di alcuni diritti in capo agli immigrati. A tali obiettivi concorrono gli articoli che vanno dal 16 (Servizi territoriali) al 24 (Clausola valutativa). Quest'ultimo si pone quale norma di chiusura del Capo V, prevedendo un sistema di monitoraggio effettuato dal Consiglio e dalla Giunta regionale: il primo «controlla l'attuazione della presente legge e valuta i risultati ottenuti in termini di accoglienza solidale, integrazione e accesso ai servizi delle persone straniere immigrate»; la seconda «presenta con cadenza triennale, entro il 31 marzo dell'anno successivo al triennio di riferimento, una relazione che documenta in particolare: a) lo stato di attuazione del Piano triennale degli interventi e dei relativi Programmi annuali e la spesa sostenuta per ambito d'intervento; b) il grado e le modalità di coordinamento tra le Direzioni centrali coinvolte e tra i diversi soggetti attuatori degli interventi; c) le attività svolte dalla Consulta regionale per l'integrazione delle persone straniere immigrate; d) gli esiti degli interventi a sostegno del diritto d'asilo di cui all'articolo 11 e delle iniziative di rientro e reinserimento nei Paesi d'origine previsti dall'articolo 13; e) l'istituzione di servizi di mediazione socio-culturale presso i centri dell'impiego previsti dall'articolo 22, comma 2, lettera c), e la realizzazione di iniziative di formazione e aggiornamento dei mediatori culturali di cui all'articolo 20, comma 2».

Analizzando più nel dettaglio le previsioni, l'art. 17, prima di essere abrogato dall'art. 45, co. 1, lett. b), della l.r. n. 9 del 2019, predisponeva un sistema di accoglienza e di inserimento abitativo. L'articolo prevedeva che la Regione, attraverso il Programma annuale, promuovesse vari interventi: «a) il sostegno alla gestione di strutture dedicate all'ospitalità temporanea; b) il sostegno, delle Agenzie sociali per l'abitare inserite nel sistema degli ambiti territoriali, per la realizzazione di azioni volte a favorire, orientare e supportare l'accesso a un'idonea soluzione abitativa; c) il sostegno alla gestione di alloggi sociali in forma collettiva, ai sensi dell'articolo 40, comma 4, del decreto legislativo 286/1998». Al fine di realizzare i suddetti interventi la Regione era

⁷⁴ Regione F.V.G., Rapporto Immigrazione 2016, 29.

⁷⁵ Da non dimenticare, inoltre, la possibilità di tutelare i soggetti sottoposti a sfruttamento lavorativo dopo l'entrata in vigore della l. n. 199 del 29 ottobre 2016, detta "legge sul caporalato".

AMBIENTEDIRITTO	

autorizzata a concedere contributi alle associazioni e alle organizzazioni del terzo settore.

Gli interventi settoriali continuano ad essere finalizzati al principio di non discriminazione tra cittadini e stranieri per l'accesso all'istruzione (artt. 18-19, ex artt. 24 e 29) e all'assistenza sanitaria (art. 21, ex art. 23). Inoltre, la normativa regionale vuole garantire condizioni di pari opportunità nell'inserimento lavorativo (art. 22, ex art. 26) e nella formazione professionale (art. 23, ex art. 25). Infine, in merito al tema dell'integrazione e comunicazione interculturale l'art. 20, oltre a riprendere sostanzialmente quanto già statuito dall'ex art. 28, prevede l'istituzione di un apposito albo dei mediatori culturali allo scopo di favorire l'incrocio tra domanda e offerta.

In sintesi, la l.r. n. 31 del 2015 ha continuato e implementato il sistema di collaborazione inter-istituzionale iniziato nel 2005, caratterizzato dalla partecipazione anche delle associazioni e degli enti del terzo settore. Inoltre, oltre a estendere la platea degli stranieri destinatari degli interventi, ha contribuito a delineare un catalogo di "diritti di cittadinanza sociale".

4. Il nuovo contesto regionale.

Negli anni 2018-2019 le politiche di integrazione e il sistema di accoglienza hanno subito un cambiamento di rotta, fino ad arrivare al "Programma annuale" del 2019 dove si legge che «l'annualità 2019 presenta delle sostanziali novità rispetto alle formulazioni precedenti, in parte dovute agli indirizzi politici della nuova amministrazione regionale, in parte frutto delle mutate esigenze emerse da un fenomeno in continuo mutamento quale quello migratorio, e delle necessità espresse dal territorio e dalla cittadinanza», tanto che la terza area di intervento, "Soggiornanti di lungo periodo", «conferma esclusivamente l'irrinunciabile sostegno all'integrazione scolastica»⁷⁶.

Oggi le politiche regionali, sempre mediante una collaborazione inter-istituzionale, vanno in una duplice direzione. Un primo obiettivo concerne il contrasto dei fenomeni di radicalizzazione e la predisposizione di mezzi atti all'agevolazione dei rimpatri volontari⁷⁷. Un secondo obiettivo riguarda i nuovi arrivi, ma con lo specifico focus sui MSNA, sia per quanto concerne gli interventi di accoglienza, formazione e integrazione, la cui attuazione è deferita ai Comuni, sia nella predisposizione di studi volti a comprendere le ragioni dei flussi migratori verso il F.V.G.⁷⁸. Questo nuovo «approccio di tipo preventivo e collaborativo» trova, infine, conferma nella Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza Regionale (DEFR) 2020 dove, da una parte, si pone l'accento nuovamente sul ruolo centrale dei Comuni per gestire il fenomeno dei MSNA, dall'altra si evidenzia il mutamento della situazione in Regione rispetto al 2015⁷⁹.

⁷⁶ Regione F.V.G., *Programma annuale immigrazione*, 2019, 3. La previsione di spesa è di € 550.000,00 per l'area "Legalità, sicurezza, rimpatri"; € 5.067.894,39 per l'area "MSNA e Neomaggiorenni"; € 800.000,00 per l'area "Soggiornanti di lungo periodo". A queste si aggiungono i fondi e gli strumenti comunitari previsti per i Progetti IMPACTFVG e PSL FAMIFVG.

⁷⁷ Ivi, 10-13.

⁷⁸ *Ivi*, 14-21. Si ritiene interessante notare che, in base alle ultime rilevazioni, nel 2017 sono stati ospitati in Regione 1375 minori: il 25,9% proveniva dal Kosovo, il 22,7 % dall'Afghanistan, il 14,6% dal Pakistan (Regione F.V.G., *Intervento 2.5 del Programma Immigrazione*, 2019).

⁷⁹ Regione F.V.G., Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza Regionale (DEFR), 2020, 100-101.

AMBIENTEDIRITTO	

Si prospetta, dunque, una revisione della l.r. n. 31 del 2015. Alcuni passi verso questa direzione sono in parte già stati fatti proprio dalla l.r. n. 9 del 2019 recante "Disposizioni multisettoriali per esigenze urgenti del territorio regionale". In particolare, l'art. 45, co. 1, alla lett. a), ha aggiunto un ulteriore co. 1 bis all'art. 13 della l.r. n.. 31 del 2015: «La Regione, nell'ambito di accordi con le autorità procedenti, sostiene interventi per il rimpatrio delle persone straniere immigrate colpite da provvedimenti di espulsione. L'iniziativa di cui al presente comma può essere attivata accedendo ai fondi che nel programma annuale sono destinati all'intervento denominato "Misure per favorire i rimpatri"». Il secondo comma, tuttavia, stabilisce che per il finanziamento di tale intervento si provveda attingendo da quello fissato in riferimento alla Missione n. 12 (Diritti sociali, politiche sociali e famiglia), inserita nello stato di previsione della spesa del bilancio per gli anni 2019-2021. In particolare le spese sono ascritte al Programma n. 4 (Interventi per i soggetti a rischio di esclusione sociale)⁸⁰.

Infine, la lett. b) del primo comma abroga l'art. 17 (Accoglienza e inserimento abitativo).

5. L'impugnazione della l.r. n. 9 del 2019.

L'intervento normativo appena citato non è passato inosservato. La l.r. n. 9 del 2019 è entrata in vigore nel mese di luglio e a settembre il Governo nazionale, appena insediatosi, ha adottato la decisione di impugnarla perché «numerose disposizioni sono risultate eccedere dalle competenze statutarie della Regione» e «talune disposizioni in materia di immigrazione appaiono discriminatorie»⁸¹. Si intende analizzare brevemente due dei motivi di impugnazione connessi al filone di ricorsi che a partire dagli anni 2000 sono stati proposti dal Governo avverso le leggi regionali in materia di immigrazione.

In base al secondo motivo del ricorso, l'art. 45 violerebbe «l'art. 117, comma 2, lettere a) e b) della Costituzione in relazione all'art. 3, comma 5 e 40 del decreto legislativo n. 286 del 25 luglio 1998»⁸². Tale violazione deriverebbe dal vuoto normativo causato dall'abrogazione dell'art. 17 della l.r. n. 31 del 2015 recante «Norme per l'integrazione sociale delle persone straniere immigrate». Nella legislazione regionale, infatti, non sarebbe presente nessun'altro mezzo, diverso dal Programma annuale previsto dall'art. 17, lett. a), b), c), in grado di dare attuazione all'art. 40 del TUI «Centri di accoglienza. Accesso all'abitazione», il quale affida proprio alla Regione il compito di predisporre centri di accoglienza destinati ad ospitare stranieri regolarmente soggiornanti per motivi diversi dal turismo, che siano temporaneamente impossibilitati a provvedere autonomamente alle proprie esigenze alloggiative e di sussistenza⁸³. Oltre che l'art. 40, l'intervento contestato violerebbe, altresì, altri due parametri sui quali la Corte si è più volte pronunciata: l'art. 3, co. 5 del TUI in base al quale «le regioni adottano i provvedimenti concorrenti al perseguimento dell'obiettivo di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno riconoscimento dei diritti e degli interessi riconosciuti agli

⁸⁰ Art. 45, l.r. n. 9 del 2019. La previsione della spesa del bilancio per gli anni 2019-2021 per la Missione n. 12 è di € 820.273.133, ovvero il 3,88% degli stanziamenti complessivi.

⁸¹ Consiglio dei ministri, Comunicato n. 1, 05.09.2019. Il ricorso n. 98 è stato pubblicato in G.U. il 23.10.2019.

⁸² G.U. n. 43 del 23.10.2019, 17.

⁸³ Si v. B. PEZZINI, Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non cittadino, cit., 178 ss., ripreso da A. TRANFO, Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (a margine della sent. n. 106/2018 della Corte costituzionale), in Consulta online, 2/2018, 456-8.

AMBIENTEDIRITTO

stranieri nel territorio dello stato, con particolare riguardo a quelle inerenti all'alloggio, alla lingua, all'integrazione sociale, nel rispetto dei diritti fondamentali della persona» e l'art. 1, co. 4, in base al quale i principi del TUI rappresentano per le Regioni a statuto speciale norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica.

Di conseguenza, essendo le citate disposizioni del TUI «espressione di competenza esclusiva dello Stato [...] l'art. 45 impugnato, viola [...] l'art. 117, secondo comma, lettera a) e b), della Costituzione, che riservano alla competenza statale la materia di "condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea" e di "immigrazione"»⁸⁴.

Per quanto interessa in questa sede, appare opportuno trattare anche del quarto motivo del ricorso, sebbene non vada ad incidere sulle disposizioni che modificano la normativa del 2015. Il ricorso, infatti, investe anche l'art. 88 della l.r. n. 9 del 2019, il quale, introducendo il comma 3 quinquies all'art. 77 della l.r. 18/2005, riguardante «Norme regionali per l'occupazione, la tutela e la qualità del lavoro», prevederebbe una disciplina discriminatoria. Il comma 3 quinquies dispone che «Al fine di favorire il riassorbimento delle eccedenze occupazionali determinatesi sul territorio regionale in conseguenza di situazioni di crisi aziendale, gli incentivi di cui al comma 3 bis possono essere concessi esclusivamente a fronte di assunzioni, inserimenti o stabilizzazioni occupazionali riguardanti soggetti che, alla data della presentazione della domanda di incentivo, risultino residenti continuativamente sul territorio regionale da almeno cinque anni». Secondo il Governo tale norma, dal momento che collega l'incentivo occupazionale al requisito della residenza almeno quinquennale in Regione, violerebbe gli artt. 3 e 117, co. 2, lett. m) della Cost. Essa, da un lato, attuerebbe una violazione indiretta del diritto al lavoro, dall'altro si porrebbe in conflitto con le attività statali di promozione lavorativa che si rivolgono a tutti. La richiesta del requisito della residenza protratta, inoltre, non rientrerebbe «nei limiti della "non manifesta irragionevolezza", come affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 222/2013», poiché non sussisterebbe «alcuna connessione tra il riconoscimento di un incentivo al datore di lavoro e il requisito della residenza protratta nel tempo del lavoratore»⁸⁵.

La norma violerebbe anche l'art. 117, co. 2, lett. m) della Cost. poiché a parere del Governo gli incentivi occupazionali riconosciuti ai datori di lavoro per l'assunzione di particolari categorie di lavoratori rientrerebbero nei «"servizi che devono essere riconosciuti a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza", ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. c) del D.lgs. 150/2015»⁸⁶.

⁸⁴ G.U. n. 43 del 23.10.2019, *ibidem*.

⁸⁵ *Ivi*, 18

⁸⁶ *Ivi*, 19. L'art. 11, co. 1, lett. c), del D.lgs. 150/2015 prevede che «Allo scopo di garantire livelli essenziali di prestazioni attraverso meccanismi coordinati di gestione amministrativa, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali stipula, con ogni regione e con le province autonome di Trento e Bolzano, una convenzione finalizzata a regolare i relativi rapporti e obblighi in relazione alla gestione dei servizi per il lavoro e delle politiche attive del lavoro nel territorio della regione o provincia autonoma, nel rispetto del presente decreto nonché dei seguenti principi: [...] c) disponibilità di servizi e misure di politica attiva del lavoro a tutti i residenti sul territorio italiano, a prescindere dalla regione o provincia autonoma di residenza [...]».

AMBIENTEDIRITTO	

6. Considerazioni finali.

Le censure appena richiamate non fanno che riproporre argomentazioni e temi conosciuti dalla Corte: il ruolo delle Regioni e il riconoscimento dei diritti sociali agli stranieri. Per quanto attiene al primo aspetto, il Governo non opera alcuna esplicita distinzione tra i termini «immigrazione» e «condizione giuridica dello straniero», né tra politiche della e per l'immigrazione, ma rimarca unicamente che entrambe sono di competenza esclusiva statale senza tenere conto dell'emersione della "dimensione regionale". Il problema che si pone non è quello di un intervento migliorativo da parte della Regione, bensì peggiorativo. Si lamenta, infatti, una lesione della competenza esclusiva statale, dal momento che la Regione, attraverso l'abrogazione dell'art. 17 della l.r. n. 31 del 2015, ha creato un vuoto normativo e disapplicato il TUI⁸⁷. Per quanto riguarda il secondo aspetto, occorre inserire le argomentazioni del Governo all'interno del contesto giurisprudenziale delineato nel secondo paragrafo. La Corte costituzionale, infatti, nella sua giurisprudenza ha riconosciuto alle Regioni la possibilità di estendere anche agli stranieri irregolari alcuni diritti sociali, in ragione della loro natura fondamentale, e così facendo ha reso i diritti l'architrave del sistema di competenze. Ne consegue, compiendo un ragionamento a contrario, che le Regioni non si possano sottrarre dall'applicazione di norme fondamentali della materia che le vedono quali principali attrici nel perseguimento della promozione dei diritti⁸⁸. A fronte di questa considerazione il motivo appare in linea con la precedente giurisprudenza, tanto più che «non si può non rimarcare quanto la disponibilità di un alloggio sia per gli stranieri un elemento centrale anche per la permanenza stessa in Italia o per esercitare il diritto all'unità familiare e per integrarsi in un tessuto sociale»89.

⁸⁷ La centralità del diritto all'alloggio era stata altresì recepita e confermata dalla stessa legge del 2015, il cui art. 4, co. 1 recita «Gli Enti locali promuovono e attuano, nell'ambito delle proprie competenze e in conformità al principio di sussidiarietà di cui all' articolo 118, comma 1, della Costituzione, interventi diretti a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno riconoscimento dei diritti sociali e civili delle persone straniere immigrate, con particolare riguardo alle politiche abitative e del lavoro, alla valorizzazione e tutela dell'identità culturale, all'integrazione sociale e culturale, alle pari opportunità di genere e alla partecipazione alla vita pubblica locale».

⁸⁸ Per la giurisprudenza, si rimanda alle note 40 e 41. Si ricorda, inoltre, la Corte cost., sent. n. 407 del 2006, emessa a seguito di un giudizio per conflitto di attribuzione promosso dal Friuli Venezia Giulia. In questa pronuncia la Corte afferma che «Spettava allo Stato prevedere [...] che nella Regione Friuli Venezia Giulia siano disciplinate, mediante l'emanazione di apposite norme di attuazione, forme di raccordo tra lo Sportello unico per l'immigrazione e gli uffici regionali e provinciali per l'organizzazione e l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di lavoro, attribuite allo sportello medesimo. Infatti, la norma regolamentare di cui all'art. 24 rimette l'individuazione della concreta disciplina all'adozione di apposite norme di attuazione, *ex* art. 65 dello statuto, senza predeterminarne in alcun modo il contenuto; inoltre, detta disposizione, in quanto direttamente afferente alla materia dell'immigrazione, non determina alcun *vulnus* alle prerogative della Regione in materia di tutela del lavoro di cui agli artt. 117, comma terzo, e 118, Cost., e, considerato che l'ambito materiale su cui incide è riservato in via esclusiva allo Stato *ex* art. 117, comma secondo, lettera *b*), Cost., non viola il divieto di esercizio della potestà regolamentare in materie regionali di cui all'art. 117, comma sesto, Cost».

89 In questi termini, C. CORSI, La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali, in Le Regioni, 5-6/2018, 1182. L'autrice analizza le sentenze della Corte cost. nn. 106, 107 e 166 del 2018 sull'edilizia residenziale pubblica, commentate anche da A. TRANFO, Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (a margine della sent. n. 106/2018 della Corte costituzionale), cit., 453-461; D. TEGA, Le politiche xenofobe continuano a essere incostituzionali, in Diritti Regionali, 2/2018, 1-18, la quale fornisce una lettura mirata al diritto antidiscriminatorio e segnala criticamente l'importanza dell'art. 3 Cost. quale baluardo di scelte politiche che «strumentalizzano il requisito del radicamento nel territorio, trasformandolo in una mal celata forma di xenofobia»; M. BELLETTI, La Corte costituzionale torna, in

AMBIENTEDIRITTO	

Prima di passare al quarto motivo, si vuole compiere una considerazione in merito all'art. 117, co. 2, lett. m), in base al quale lo Stato ha competenza esclusiva nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Non appare strano che il Governo non abbia adottato quale ulteriore parametro l'art. 117, co. 2, lett. m), in riferimento alla violazione dell'art. 40, co. 1, ma che esso sia invece usato nel quarto motivo di ricorso. La prima ragione attiene alla difficoltà di motivare la lesione di tale parametro. In molteplici decisioni, infatti, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi governativi avverso leggi regionali poiché non era presente «l'individuazione dello specifico livello essenziale della prestazione, garantita dalla normativa dello Stato, con il quale le norme impugnate colliderebbero» 90. Questa considerazione trova conferma proprio nel quarto motivo di ricorso laddove, nel lamentare la lesione dell'art. 117, co. 2, lett. m), il Governo pone particolare attenzione alla motivazione. Senza entrare nel merito, il Governo motiva il ricorso attraverso l'indicazione di un preciso dato normativo: l'art. 11, co. 1, lett. c) del D.lgs. 150/2015. La seconda ragione si lega ad un profilo sostanziale: l'art. 40, co. 1, non stabilirebbe a livello statale un livello essenziale delle prestazioni che la normativa regionale non è in grado di soddisfare, piuttosto stabilirebbe un "nucleo minimo del diritto"91. Mentre la ratio del primo è da rinvenire nella necessità di uniformità di diritti nell'intero territorio nazionale, il secondo attiene al rispetto dei diritti fondamentali della persona che non possono essere intaccati né dal legislatore statale, né da quello regionale⁹².

La questione del riconoscimento dei diritti coinvolge anche il quarto motivo, ma sotto un altro punto di vista. Non si lamenta il disconoscimento di un diritto, in particolare ad accedere ad incentivi occupazionali, bensì la sua subordinazione al requisito della residenza qualificata.

tre occasioni ravvicinate, sul requisito del radicamento territoriale per accedere ai servizi sociali. Un tentativo di delineare un quadro organico della giurisprudenza in argomento, in Le Regioni, 5-6/2018, 1138-1169. La giurisprudenza concernente il diritto all'alloggio è molto vasta. Le prime pronunce in merito sono Corte cost., sentt. n. 217 e n. 404 del 1988. Dello stesso tenore sono Corte cost. sentt. n. 451 del 2006, n. 94 del 2007, n. 166 del 2008, n. 209 del 2009, n. 121 del 2010 e n. 273 del 2016.

⁹⁰ Punto 5, Corte cost. sent. n. 222 del 2013. Dello stesso tenore le sentt. n. 383 del 2005 e n. 8 del 2011.

⁹¹ Per la giurisprudenza inerente al nucleo minimo dei diritti si rinvia alla nota 40. Si parla, invece, di livello Essenziale delle prestazioni in rifermento al comma sesto il quale tratta dell'edilizia popolare pubblica definita al punto 4 della sentenza della Corte cost. n. 94, quale «quel complesso di interventi pubblici di varia natura che concretano il servizio sociale della provvista degli alloggi a favore dei ceti sociali meno abbienti», si v. A. TRANFO, Un profilo del diritto all'abitazione: l'edilizia residenziale pubblica per gli stranieri (a margine della sent. n. 106/2018 della Corte costituzionale), cit., 453-461, la quale specificatamente a p. 455 rileva che dai conflitti inerenti il diritto all'alloggio: «Ne è emersa una configurazione della materia ripartita su tre distinti livelli: un primo livello rientrante nella potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., comprendente la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti; un secondo, rientrante nella materia governo del territorio di legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., circa la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica; ed un terzo, ricadente nella potestà legislativa residuale delle Regioni in base all'art. 117, comma 4, Cost., riguarda la gestione del patrimonio immobiliare di edilizia residenziale pubblica esistente in ambito regionale».

⁹² La Corte afferma un riconoscimento universale dei diritti fondamentali, a prescindere dalla "regolarità" del soggiorno: sul punto si rinvia al par. II. V. anche l'osservazione compiuta da L. BUSCEMA, *La dimensione regionale della gestione dei fenomeni migratori*, in *Diritti Regionali*, n. 3/2019, 31, il quale ritiene che la Corte postuli «un costante impegno di tutti gli attori istituzionali, richiedendo anche la promozione di politiche coraggiose, quasi audaci, a fronte di stringenti vincoli di bilancio, giacché finalizzate a salvaguardare la dignità umana».

AMBIEN	TEDIRITT(

Il Governo, richiamando puntualmente la sentenza n. 222 del 2013, aderisce all'idea della possibilità di un intervento regionale peggiorativo. In questa prospettiva, tuttavia, l'intervento regionale in peius è accettabile solo qualora rispetti il principio della ragionevolezza e non sia discriminatorio, sia nei confronti dei non cittadini, ma altresì nei confronti dei residenti delle altre Regioni, nei termini di cui si è detto nel secondo paragrafo⁹³. Tali requisiti a parere del Governo non sarebbero stati rispettati, poiché non sussiste alcun nesso tra gli incentivi e il radicamento territoriale. A parere di chi scrive, occorre, altresì, tenere conto della centralità del diritto al lavoro, confermata dalla l.r. n. 31 del 2015, il cui art. 22, co. 1 « [...] garantisce alle persone straniere immigrate pari cittadini italiani nell'orientamento professionale, opportunità rispetto ai nell'inserimento lavorativo e nel sostegno di attività autonome, anche in forma imprenditoriale e cooperativa».

La posizione del Governo è avvalorata dalla recente giurisprudenza costituzionale. La sentenza n. 44 del 2020, infatti, ha risolto una questione analoga affermando che il requisito del "radicamento" territoriale non può essere basato sulla residenza protratta⁹⁴.

Le considerazioni fino a qui svolte in merito ai motivi di ricorso, insieme agli interventi programmatici del Governo regionale, mostrano un disegno politico chiaro: porre un freno all'immigrazione, attraverso l'indebolimento del sistema dell'accoglienza e lo spostamento di risorse finanziarie nelle politiche dei rimpatri⁹⁵. Certamente non si può non tenere conto del fatto che dal 2015 siano avvenuti molti cambiamenti del quadro del fenomeno migratorio in Regione, ma solo alcune delle iniziative previste dal Programma annuale del 2019 appaiono adeguate: prima tra tutte quella inerente ai MSNA.

La problematica maggiore, probabilmente, è la natura di "legge-manifesto" della l.r. n. 9%. Non a caso la sua impugnazione è uno dei primi atti del nuovo Governo, di colore politico diverso da quello regionale⁹⁷. Essa segna un cambio di rotta verso un

⁹³ Punto 10, Corte cost., sent. n. 222 del 2013, richiamato dal punto 6, Corte cost., sent. n. 166 del 2018.

⁹⁴ Corte cost., sent. n. 44 del 2020: «La previa residenza ultraquinquennale non è di per sé indice di un'elevata probabilità di permanenza in un determinato ambito territoriale, mentre a tali fini risulterebbero ben più significativi altri elementi sui quali si può ragionevolmente fondare una prognosi di stanzialità. In altri termini, la rilevanza conferita a una condizione del passato, quale è la residenza nei cinque anni precedenti, non sarebbe comunque oggettivamente idonea a evitare il "rischio di instabilità" del beneficiario dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica, obiettivo che dovrebbe invece essere perseguito avendo riguardo agli indici di probabilità di permanenza per il futuro» (punto 3.1). Per un commento della sentenza, si v. C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge,* in *Consulta* Online, 1/2020, 173 ss.

⁹⁵ Non si può non riconoscere come le modifiche regionali siano in linea con quanto effettuato a livello nazionale dal Governo allora in carica. La legge n. 132 del 2018, infatti, da una parte ha sostituito il precedente Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR) con il Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati (SIPROIRI); dall'altra ha aumentato la previsione di spesa per i rimpatri.

⁹⁶ Il termine è usato in riferimento alla normativa statale emanata con l'obiettivo di irrigidire le politiche dell'immigrazione, si v. G. BASCHERINI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione al tempo del «pacchetto sicurezza». Osservazioni a margine delle sentt. nn. 269 e 299 del 2010*, in *Giur. Cost.*, 5/2010, 3901. Per una lettura più ampia dell'uso politico dell'immigrazione, si v. N. PASINI, M. REGALIA, *L'immigrazione al centro: le elezioni del 2018 in Italia*, in V. CESAREO (a cura di), *Ventiquattro Rapporto sulle migrazioni 2018*, Milano, 2019, 199-211.

⁹⁷ Lo scontro politico acceso è evidente nelle dichiarazioni degli esponenti politici regionali, prima tra tutte quella del governatore friulano, Massimo Fedriga, che ha replicato così al ricorso: «È una vergogna assoluta. Il Movimento

А	MBIENTEDIRITTO

inasprimento della legislazione regionale riguardante gli immigrati. Della suddetta legge appare discutibile la visione miope del fenomeno migratorio: essa tiene quasi unicamente conto della diminuzione quantitativa dei flussi migratori, mentre considera la componente di immigrati già presenti in Regione solo in merito alle misure per favorire i rimpatri. Sono, altresì, coerenti, ma non condivisibili, le modalità con le quali si cerca di raggiugere l'obiettivo di scoraggiare l'immigrazione di lungo periodo. Innanzitutto, per finanziare le misure per favorire i rimpatri sono impiegate risorse economiche europee e/o nazionali tramite il "Fondo Asilo, Migrazione e Integrazione 2014-2020". Il secondo comma dell'art. 45, tuttavia, precisa come si provveda a valere dagli "Interventi per i soggetti a rischio di esclusione sociale", ovvero si attinga ad una parte dei finanziamenti finalizzati all'accoglienza. Inoltre, l'abrogazione dell'art. 17 segna un secondo passo verso lo smantellamento del sistema di accoglienza diffuso; un intervento significativo tenuto conto che «il poter fruire di provvidenze tese a tutelare la dignità di ogni essere umano costituisce elemento fondamentale per avviare cammini virtuosi di inclusione» 98.

Il nuovo approccio ha ripercussioni non solo nell'ambito del riconoscimento dei diritti sociali, ma altresì sul tema della collaborazione tra Stato e Regioni in materia di immigrazione.

L'interpretazione e l'attuazione del Titolo V, infatti, dovrebbe essere coerente con l'art. 5 della Costituzione⁹⁹. L'art. 5 «scolpisce una tensione che è nelle cose», ovvero tra Stato ed Enti territoriali, e cerca di stabilire un equilibrio¹⁰⁰. La logica intrinseca al fenomeno del decentramento e del rafforzamento dell'autonomia regionale dovrebbe essere, pertanto, quello di orientarlo «ad un'autonomia cooperativa ed integrativa nell'ambito della quale tale principio possa essere tanto un fattore di integrazione quanto un elemento orientato alla formazione di una "società di eguali"»¹⁰¹. Una collaborazione che tenga conto delle differenze regionali, di natura politica ed economica, ma senza per questo superare il "punto di non ritorno", ovvero i diritti della persona¹⁰². Al contrario, la legge regionale sembra introdurre criteri irragionevoli di

⁵ Stelle e il Pd hanno già partorito il governo dell'immigrazione selvaggia. Questo è un segnale molto chiaro: un attacco alle autonomie», *La Repubblica* del 5.09.2019.

⁹⁸ Lo ritiene C. CORSI, *La trilogia della Corte costituzionale: ancora sui requisiti di lungo-residenza per l'accesso alle prestazioni sociali*, cit., 13, la quale riprende il pensiero di L. PRINCIPATO, *L'integrazione sociale, fine o condicio sine qua non dei diritti costituzionali?*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3296: «I diritti sociali, ancor più nei momenti di crisi economica, sono uno strumento imprescindibile di coesione e di sviluppo di quella comunità di persone senza la quale non esiste lo Stato».

⁹⁹ L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, 252, la quale cita B. PEZZINI, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole*, in B. PEZZINI, S. TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie. Territorio, potere e democrazia*, Napoli, 2015, 11-29, spec. 16.

¹⁰⁰ A. D'ATENA, *Tra autonomia e neocentralismo*, Torino, 2016, 51.

¹⁰¹ Di questa opinione O. CARAMASCHI, La dimensione regionale del fenomeno immigratorio tra interventi normativi, riparto di competenze e giurisprudenza costituzionale, cit., 15 il quale cita A. MORRONE, Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi, in Le Regioni, 1/2018, 32.

¹⁰² Si rimanda alle considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, 10: «la visione solidaristica della nostra Carta – che scaturisce dalla scelta di collocare la persona (e i diritti che valgono a definirla) al centro dell'apparato istituzionale tracciato dal Costituente – esprime, dunque, un limite estremo: il "punto di non ritorno" al di là del quale – ormai, anche per obblighi internazionali - il legislatore (qualsiasi legislatore) non può spingersi, neppure in presenza di particolari o eccezionali circostanze».

AMBIENTEDIRITTO	
AMDIENTEDIKITIO	

differenziazione non solo rispetto ai non-cittadini, ma anche nei confronti dei cittadini residenti in altre Regioni.

Questi criteri non tengono neppure conto dell'orientamento della Corte costituzionale, che è stato definito «cosmopolitismo pragmatico», ovvero «aperto alla diluizione del legame tra cittadinanza e diritti rispetto al godimento delle prestazioni sociali, ma attento all'elemento del radicamento territoriale» 103. In altre parole, il requisito del radicamento territoriale non è a priori illegittimo, ma deve essere valutato con attenzione: una volta escluso dalla Corte che la valutazione della sua sussistenza possa essere basata sul dato temporale, occorre ricercare ulteriori requisiti che attestino l'esistenza di un particolare legame tra lo straniero e il territorio regionale e che indichino la sua probabile permanenza per il futuro. Tale legame consiste nella capacità del primo di contribuire alla crescita della comunità, così giustificando un'estensione dell'accesso alle provvidenze sociali. La lettura data dalla Corte al radicamento territoriale dovrebbe permettere di fornire un fondamento alla categoria dei "diritti di cittadinanza sociale" 104. Le attuali politiche regionali, invece, sembrano piuttosto propendere per una lettura del radicamento, ferma al criterio temporale, che restringe l'ambito dei destinatari e, quindi, neutralizza la "cittadinanza sociale". La conseguenza è una svalutazione, non solo metaforica, dei diritti sociali, i quali, garantendo una vita dignitosa, al tempo stesso rappresentano una condizione per l'esercizio degli altri diritti¹⁰⁵.

¹⁰³ Cfr. G. ROMEO, *Il cosmopolitismo pragmatico della Corte costituzionale tra radicamento territoriale e solidarietà*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 25.

¹⁰⁴ Secondo F. Ferrajoli, Diritti e cittadinanza sociale dei migranti nei regolamenti e negli atti amministrativi delle regioni, in L. Ronchetti, I diritti di cittadinanza degli immigrati. Il ruolo delle regioni, cit., 151, l'appartenenza a una comunità non è tanto il presupposto, quanto il fine della "cittadinanza sociale".

¹⁰⁵ Per una riflessione sul "prezzo dei diritti", si v. F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche,* cit., 557-595.

AMBIENTEDIRITTO	

EL CANON EÓLICO DE CASTILLA-LA MANCHA Y SU PRESUNTA NATURALEZA EXTRAFISCAL.

A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 20 de septiembre de 2017 (asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16).

The Regional levy on wind power plants of Castilla-La Mancha and its presumed extra-fiscal nature. Concerning the Judgment of the Court of Justice of the EU of September 20 2017 (Joined Cases C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16).

Gracia Ma. Luchena Mozo

Catedrática Derecho Financiero y Tributario UCLM/CIEF, España*

Abstract: La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha estableció el canon eólico. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha decidió plantear cuestión de inconstitucionalidad y su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea. En particular, se trata de dilucidar si el impuesto controvertido es compatible con los objetivos de fomento de la Directiva 2009/28 o las previsiones que contiene sobre las tasas administrativas, a la Directiva 2008/118/CE, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y a la Directiva 2003/96/CE, relativa a la imposición sobre la energía.

Palabras clave: fiscalidad ambiental, fiscalidad de la energía, energía eólica, canon eólico, extrafiscalidad.

Abstract: The Autonomous Community of Castilla-La-Mancha, (Spain) imposed a levy on wind power plants designed to produce electricity. The High Court of Justice of Castilla-La Mancha decided to stay the proceedings and to refer that levy is unconstitutional and incompatible with EU law. In particular, it must be examined whether the contested tax is compatible with the promotion objective of Directive 2009/28 or the provisions concerning administrative charges laid down in that directive, Directive 2008/118/EC concerning the general arrangements for excise duty and Directive 2003/96/EC on energy taxation.

Keywords: environmental taxation, taxation of energy, wind energy, wind power, extra-fiscal.

^{*} Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación "Sostenibilidad ambiental dentro de la estrategia de economía circular: propuestas sobre instrumentos financieros y fiscales", financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, con referencia RTI2018-098715-B-C22 DER.

AMBIENTEDIRITTO	

RESUMEN: I. Hechos que motivan la Sentencia; - II. Pronunciamiento del Tribunal; - III. El periplo judicial del canon eólico de Castilla-La Mancha; - IV. La fiscalidad específica sobre las fuentes de energía renovables: presunta naturaleza extrafiscal del canon eólico.

I. Hechos que motivan la Sentencia.

La Sentencia objeto de comentario tiene su origen en las peticiones de decisión prejudicial presentadas en el contexto de varios litigios entre, por un lado, Elecdey Carcelen, S.A., Energías Eólicas de Cuenca, S.A., Iberenova Promociones, S.A.U., e Iberdrola Renovables Castilla La Mancha SA y, por otro, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha relativos al pago de un canon que grava los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica. Todas ellas tienen por objeto la interpretación del art. 4 de la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, del art. 1, apartado 2, de la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE, y de los arts. 2, párrafo segundo, letra k), y 13, apartado 1, párrafo segundo, letra e), de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE en relación a la figura tributaria creada por la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el canon eólico y el Fondo para el Desarrollo Tecnológico de las Energías Renovables y el Uso Racional de la Energía en Castilla-La Mancha. Esta circunstancia motivó que, mediante resolución de 6 de junio de 2016, el Presidente del Tribunal decidiera acumular los asuntos a efectos de la fase escrita, oral y de Sentencia.

Las demandantes en los litigios principales explotan aerogeneradores destinados a la producción de energía eléctrica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y tras haber pagado, en los ejercicios fiscales correspondientes a 2011 y 2012, el canon establecido por la Ley 9/2011, y por considerar que éste es inconstitucional y contrario al Derecho de la Unión, las referidas demandantes solicitaron a las autoridades nacionales competentes la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por este concepto y la devolución de los importes pagados.

Las pretensiones de las demandantes fueron desestimadas, lo que motivó que interpusieran recursos contencioso-administrativos ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (TSJCLM).

Ante las dudas planteadas en torno a su compatibilidad con el Derecho de la Unión, el TSJCLM decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) las siguientes cuestiones prejudiciales:

"1) Configurados los "sistemas de apoyo" definidos en el art. 2, letra k), de la Directiva [2009/28], y, entre ellos, los estímulos fiscales consistentes en desgravaciones fiscales, exenciones y devoluciones de impuestos, como instrumentos dirigidos a la consecución de los objetivos de consumo de energías renovables previstos en la mencionada Directiva [2009/28], ¿debe entenderse que los mencionados estímulos o medidas tienen carácter obligatorio y son vinculantes para los Estados miembros, con

AMBIENTEDIRITTO	

un efecto directo en cuanto pueden invocarse y hacerse valer por los particulares afectados en toda clase de instancias públicas, judiciales y administrativas?

- 2) Al enumerarse entre los "sistemas de apoyo" mencionados en la pregunta anterior medidas de estímulo fiscal consistentes en desgravaciones fiscales, exenciones y devoluciones de impuestos, empleándose la expresión "sin limitarse a estos", ¿[debe] entenderse [comprendida] dentro de esos estímulos precisamente la no imposición, es decir, la prohibición de cualquier clase de gravamen específico y singular adicional a los impuestos generales que gravan la actividad económica y la producción de electricidad pero sobre la energía procedente de fuentes renovables? Asimismo, y dentro de este mismo apartado, se formula la siguiente cuestión: ¿A mayores, también debe entenderse comprendida dentro de la prohibición general anteriormente enunciada la relativa a la concurrencia, doble imposición o solapamiento de múltiples tributos generales o singulares que recaen en distintos momentos sobre la actividad de generación de energías renovables incidiendo en el mismo hecho imponible gravado por el canon eólico objeto de examen?
- 3) Para el caso de darse una respuesta negativa al interrogante anterior y aceptarse la imposición sobre la energía procedente de fuentes renovables, a los efectos de lo previsto en el art. 1, apartado 2, de la Directiva [2008/118], ¿debe interpretarse la noción de "finalidad específica" en el sentido de que el objetivo en que consista deba ser exclusivo y de que además el impuesto con el que se graven las energías renovables desde el punto de vista de su estructura tenga verdadera naturaleza extrafiscal y no meramente presupuestaria o recaudatoria?
- 4) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 de la Directiva [2003/96], que, al referirse a los niveles de imposición que los Estados miembros deben aplicar sobre los productos energéticos y de la electricidad, toma como referencia los mínimos de la Directiva entendidos como la suma de todos los impuestos directos e indirectos que se apliquen sobre aquellos productos en el momento de su puesta a consumo, ¿debe entenderse que esa suma debe llevar a la exclusión del nivel de imposición exigido por la Directiva de aquellos impuestos nacionales que no tengan una verdadera naturaleza extrafiscal tanto desde el punto de vista de su estructura como desde su finalidad específica, interpretada según la respuesta que se dé a la pregunta anterior?
- 5) ¿Constituye el término "tasas" empleado en el art. 13, apartado 1, letra e), de la Directiva [2009/28] un concepto autónomo del Derecho europeo que deba interpretarse en un sentido más amplio como comprensivo y sinónimo también del concepto de tributo en general?
- 6) Para el caso de una respuesta afirmativa a la pregunta anterior la pregunta que planteamos es la siguiente: ¿Las tasas que deben pagar los consumidores a las que se refiere el mencionado art. 13, apartado 1, letra e), solo pueden incluir aquellos gravámenes o imposiciones fiscales que traten de compensar en este caso los daños causados por su impacto en el medio ambiente y traten de reparar con el importe de la recaudación los daños ligados a tal impacto o afección negativos, pero no aquellos tributos o prestaciones que recayendo sobre las energías no contaminantes cumplan una finalidad primordialmente presupuestaria o recaudatoria?".

AMBIENTEDIRITTO	

II. Pronunciamiento del Tribunal.

El TJUE, a efectos resolutivos, acumula las cuestiones prejudiciales en función de la Directiva afectada y así es como vamos a exponer las conclusiones del Tribunal.

Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

El objetivo de esta Directiva es el desarrollo de las energías procedentes de fuentes renovables, para lo que deberá vincularse estrechamente al aumento de la eficiencia energética, con el fin de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad. Para ello establece un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables y fija objetivos nacionales obligatorios en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía y con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el transporte. Asimismo, implanta normas relativas a las transferencias estadísticas entre Estados miembros, los proyectos conjuntos entre Estados miembros y con terceros países, las garantías de origen, los procedimientos administrativos, la información y la formación y el acceso a la red eléctrica para la energía procedente de fuentes renovables. Todo ello con el fin de alcanzar el objetivo obligatorio de una cuota del 20% de energía procedente de fuentes renovables en el consumo total de energía de la UE en 2020 y el objetivo vinculante mínimo del 10% para todos los Estados miembros para las energías procedentes de fuentes renovables en el transporte.

A fin de alcanzar tales objetivos el art. 3. 2 de la Directiva dispone que "los Estados miembros introducirán medidas diseñadas efectivamente para garantizar que la cuota de energía procedente de fuentes renovables sea igual o superior a la que figura en la trayectoria indicativa establecida en el anexo I, parte B", pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes medidas: "sistemas de apoyo" 1 y "mecanismos de cooperación entre distintos Estados miembros y con terceros países para alcanzar sus objetivos globales nacionales, de conformidad con los arts. 5 a 11" –ex. art. 3.3 Directiva 2009/28-.

Por ello el TJUE estima que "los Estados miembros disponen de un margen de apreciación respecto a las medidas que consideren adecuadas para alcanzar los objetivos globales nacionales obligatorios fijados en el art. 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2009/28, en relación con el anexo I de ésta. Por consiguiente, la posibilidad prevista en el art. 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28 de que los Estados miembros establezcan sistemas de apoyo para promover la utilización de la energía procedente de fuentes renovables, en su caso en forma de exenciones o desgravaciones fiscales, no implica en absoluto que éstos no puedan gravar a las empresas que desarrollan esas fuentes de energía y concretamente los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica"².

¹ Los "sistemas de apoyo" son definidos en el art. 2. K de la Directiva 2009/28/CE como "cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin limitarse a estos, las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas".

² Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, ECLI:EU:C:2017:705, apartados 32 y 33.

AMBIENTEDIRITTO	

El art. 13.1.e) de la Directiva de referencia es alegado también por los demandantes a efectos de entender que se opone a una normativa nacional que grava los aerogeneradores con el canon eólico. Pues bien, del tenor del precepto alegado se desprende claramente para el TJUE que "esta disposición se limita a prescribir, con el fin de garantizar el carácter proporcionado y necesario de los procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias que se aplican, en particular, a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, que las «tasas administrativas» pagadas por «los consumidores, los planificadores, los arquitectos, los constructores y los instaladores y proveedores de equipos y sistemas sean transparentes y proporcionales a los costes». Por lo tanto, del propio tenor de la citada disposición se deduce claramente que ésta solo pretende limitar la repercusión en los usuarios afectados de los costes relativos a las prestaciones de servicios efectuadas en el marco de determinados procedimientos administrativos y que, en consecuencia, no tiene en absoluto por objeto prohibir a los Estados miembros que establezcan tributos como el canon controvertido en los litigios principales"³.

En definitiva, "habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera, segunda, quinta y sexta que la Directiva 2009/28, en particular sus arts. 2, párrafo segundo, letra k), y 13, apartado 1, párrafo segundo, letra e), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que establece la percepción de un canon que grava los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica"⁴.

Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad.

Esta Directiva tiene por objeto garantizar el buen funcionamiento del mercado único de la energía de la UE y evitar las distorsiones del comercio y de la competencia que pudieran derivarse de las grandes diferencias en los sistemas fiscales nacionales que permita la transición hacia una economía competitiva de alta eficiencia energética y bajo nivel de emisiones de carbono. El ámbito de aplicación será, conforme al art. 1 de la Directiva 2003/96, los productos energéticos y la electricidad. A tal efecto, es el art. 2 el que se encarga de fijar el marco referencial de los productos energéticos y de la electricidad conforme a una lista basada en Códigos de Nomenclatura Combinada.

Determinado lo anterior, la Sala procede a verificar si el canon eólico recae sobre productos energéticos o de la electricidad conforme a lo dispuesto ut supra. A tal efecto el TJUE señala que, si bien es cierto que los aerogeneradores producen electricidad, estos "no utilizan ninguno de los productos energéticos que figuran en esta lista para la producción de la energía que generan"⁵.

Es más, como señala la Sala Primera, el canon no se liquida en función de la electricidad que producen, sino por el tamaño del parque eólico. Además, el canon no depende del consumo de electricidad hasta el punto de que no parece posible "dada la naturaleza particular de este producto, determinar su origen y, en consecuencia, identificar la parte de ésta que ha sido producida por los aerogeneradores sujetos al

³ Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartados 35 y 36.

⁴ Op. Cit. Apartado 41.

⁵Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 47.

canon, de manera que no podrá ser facturado al consumidor de forma transparente como un componente añadido al precio"⁶.

Por consiguiente, a juicio del TJUE, "no existe ningún vínculo entre, por un lado, el hecho imponible del canon controvertido en los litigios principales y, por otro, la producción efectiva de electricidad por los aerogeneradores, y aún menos el consumo de electricidad producida por éstos", de modo que los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica no están comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, según se define en los arts. 1 y 2, apartados 1 y 2, de ésta.

Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales.

La presente Directiva establece el régimen general de los impuestos especiales que afectan al consumo de los productos energéticos y la electricidad (Directiva 2003/96/CE); el alcohol y las bebidas alcohólicas (Directivas 92/83/CEE y 92/84/CEE) y el tabaco elaborado regulado (Directiva 2011/64/UE).

Por su parte, el art. 1.2 de la Directiva 2008/118 determina que "los Estados miembros podrán imponer a los productos sujetos a impuestos especiales otros gravámenes indirectos con fines específicos, a condición de que tales gravámenes respeten las normas impositivas comunitarias aplicables a los impuestos especiales o el impuesto sobre el valor añadido por lo que respecta a la determinación de la base imponible, el cálculo de la cuota tributaria, el devengo y el control del impuesto. Dichas normas no incluyen las disposiciones relativas a las exenciones".

Pese a que los demandantes alegan la vulneración de esta Directiva en la medida en que el canon eólico no cumple la finalidad específica precisa que habilitaría a los Estados miembros a instaurar un impuesto indirecto, parece evidente a juicio del Tribunal que "el art. 1, apartado 2, de la Directiva 2008/118 se refiere únicamente a los impuestos indirectos, distintos de los impuestos especiales, que gravan directa o indirectamente el consumo de los «productos sujetos a impuestos especiales», según se enumeran en el art. 1, apartado 1 de dicha Directiva"⁸. Por consiguiente, y habiendo quedado acreditado que el canon que grava los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica no grava productos energéticos ni la electricidad en el sentido de la citada Directiva, el canon "no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/118"⁹.

En definitiva, tras afirmar que "la cuestión de si el objetivo de este canon es la protección del medio ambiente se inscribe únicamente en el ámbito del Derecho nacional"¹⁰ y consignar al órgano jurisdiccional remitente la resolución sobre las costas, declara:

"1) La Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE, en particular su art. 2, párrafo segundo, letra k), y su art. 13, apartado 1, párrafo segundo, letra e), debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la

⁶ Op. Cit. Apartado 50.

⁷ Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 51.

⁸ Op. Cit. Apartado 61.

⁹ Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 63.

¹⁰ Op. Cit. Apartado 64.

AMBIENTEDIRITTO		
AMBIENTEDIKTIO	AMDIENTEDIDITTO	
	AMBIENTEDIKITIO	

controvertida en los litigios principales, que establece la percepción de un canon que grava los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica.

- 2) El art. 4 de la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que establece la percepción de un canon que grava los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica, puesto que dicho canon no grava los productos energéticos ni la electricidad en el sentido del art. 1 y del art. 2, apartados 1 y 2, de esa Directiva, por lo que no está comprendido en el ámbito de aplicación de ésta.
- 3) El art. 1, apartado 2, de la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en los litigios principales, que establece la percepción de un canon que grava los aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica, puesto que dicho canon no constituye un impuesto que grava el consumo de productos energéticos o de electricidad, por lo que no está comprendido en el ámbito de aplicación de esta Directiva".

III. El periplo judicial del canon eólico de Castilla-La Mancha.

Si D. Quijote de La Mancha ya luchó contra los molinos de viento, es ahora el TSJCLM el que se convierte en hidalgo caballero en defensa de la energía eólica entablando batalla ante el Tribunal Constitucional (TC) y ante el TJUE. Pero como todo enfrentamiento, éste tenía que tener un fin y con él, un vencedor. En este caso, fue el adversario, el que, tras desarmar a su oponente, le expuso las condiciones que requería el ser vencido: "y si tú peleares y yo te venciere, no quiero otra satisfacción sino que, dejando las armas y absteniéndote de buscar aventuras, te recojas y retires a tu lugar por tiempo de un año, donde has de vivir sin echar mano a la espada, en paz tranquila y en provechoso sosiego, porque así conviene al aumento de tu hacienda y a la salvación

En efecto, frente a las declaraciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) en multitud de Sentencias¹² que aboga por admitir la plena adaptación del canon gallego¹³, homólogo al de Castilla-La Mancha, con el Derecho de la UE y la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, nuestro hidalgo acomete su propia cruzada. Para entender las motivaciones que llevan al TSJCLM a

¹¹ CENTRO VIRTUAL CERVANTES: Clásicos hispánicos. Don Quijote. Edición. Segunda parte. Capítulo LXIIII [Consultado 10 noviembre 2019] Disponible https://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/edicion/parte2/cap64/default.htm.

¹² Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (SsTSJG) de 9 de abril de 2014 (núm. Rec.7281/2011); de 12 de febrero de 2014 (núm. Rec. 7210/2010 y núm. Rec. 7215/20109); de 3 de diciembre de 2012 (núm. Rec. 15252/2010); Auto del TSJG de fecha 9 de enero de 2014 (núm. Rec.7210/2010 y 7215/20109), entre otras.

Puede consultarse al respecto RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, M. C. Jurisprudencia Ambiental en Galicia. Revista Catalana de Dret Ambiental, 2015, VI, (1), 1 a 17. ISSN: 2014-038X.

¹³ Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental.

AMBIENTEDIRITTO	
THIRDILLITEDIRGITO	

proceder en tal sentido es preciso otorgar al lector una base que le permita sacar conclusiones.

Tal y como evidencia la propia Exposición de motivos de la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crea el canon eólico en Castilla-La Mancha (LCE), "la utilización industrial del viento como actividad económica, sin suponer un uso exclusivo o privativo de los vientos para el titular de las autorizaciones administrativas de parques eólicos, dada la naturaleza de inapropiable del citado recurso, sí disminuye las posibilidades de aprovechamiento del viento por parte de terceros, especialmente en lo que respecta a la idoneidad de ubicaciones, condiciones y características del propio recurso natural, configurándose también como factor limitante de otras actividades, principalmente económicas, en el territorio soporte de la actuación. Asimismo, la instalación de parques eólicos, lleva aparejadas una serie de cargas y transformaciones para el ámbito territorial en el que se localizan derivadas, no solo del conjunto de aerogeneradores que lo integran, sino también por las infraestructuras eléctricas y de accesos que el correcto funcionamiento de dichas instalaciones requiere durante su vida útil".

Según dispone el art. 4 LCE constituye el hecho imponible del canon eólico "la generación de afecciones e impactos adversos sobre el medio natural y sobre el territorio, como consecuencia de la instalación en parques eólicos de aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica, y situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha".

Conforme a lo establecido en el apartado 2 del art. 4 LCE, quedan exentas –aunque parece acomodarse más a supuestos de no sujeción– las instalaciones de producción eléctrica destinadas al autoconsumo eléctrico, así como las de carácter experimental y de investigación siempre que no supere los 5 MW y cumplan ciertos requisitos previstos en el Decreto 2/2010, de 20 de abril. De ello podemos derivar –en conexión con el art. 2 del mismo cuerpo dispositivo– que, como regla de principio, quedan excluidas de gravamen las instalaciones de producción eléctrica no vinculadas al aprovechamiento industrial del viento.

Según lo prevenido en el art. 5 LCE, el período impositivo es trimestral produciéndose el devengo el primer día de los meses de enero, abril, julio y octubre para instalaciones ya existentes o en la fecha del certificado de fin de obra correspondiente cuando se trate de instalaciones de nueva construcción.

La base imponible de este impuesto estará constituida por la suma de unidades de aerogeneradores existentes en un parque eólico situado en el territorio de la Comunidad de Castilla-La Mancha (art. 7 LCE). La cuota viene determinada por la aplicación a la base imponible de «los tipos de gravamen trimestrales» fijados en el art. 8 LCE en función los tramos elegidos por agrupaciones de aerogeneradores¹⁴. De este modo, tendremos:

- En parques eólicos que dispongan de hasta 2 aerogeneradores: 0 euros por cada unidad de aerogenerador.
- En parques eólicos que dispongan de entre 3 y 7 aerogeneradores: 489 euros por cada unidad de aerogenerador.

¹⁴ En cambio, en el Impuesto eólico castellano-leonés no se tiene en cuenta el número de aerogeneradores de los que dispone el parque eólico, sino que se atiende directamente a la potencia de los mismos. Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

- En parques eólicos que dispongan de entre 8 y 15 aerogeneradores: 871 euros por cada unidad de aerogenerador.
 - En parques eólicos que dispongan de más de 15 aerogeneradores:
- a) Cuando el número de aerogeneradores sea igual o inferior a la potencia instalada del parque medida en megavatios: 1.233 euros por cada unidad de aerogenerador.
- b) Cuando el número de aerogeneradores sea superior a la potencia instalada del parque medida en megavatios: 1.275 euros por cada unidad de aerogenerador.

Por lo que respecta a los sujetos pasivos del impuesto, es el art. 6 LCE el que se encarga de fijar que "son sujetos pasivos del canon en calidad de contribuyentes las personas físicas o jurídicas o entidades del art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que, bajo cualquier título, lleven a cabo la explotación de un parque eólico o instalaciones de generación eólica aunque no sean titulares de una autorización administrativa para su instalación". A dicha previsión añade una presunción iuris tantum que determina que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que la explotación de un parque eólico es realizada por la persona o entidad que figure como titular de la correspondiente autorización administrativa para su instalación" ¹⁵.

El ámbito subjetivo del canon se cierra previendo un catálogo de responsables solidarios que afectará: a) las personas titulares de autorizaciones administrativas para la instalación de un parque eólico cuando quien lleve a cabo la explotación no coincida con el titular de la autorización, y b) las personas titulares de los aerogeneradores, cuando dicha titularidad no concurra en el titular de la explotación ni en el titular de la autorización administrativa.

En otro orden de consideraciones, debe señalarse que la LCE no prevé la posibilidad de trasladar la obligación tributaria surgida del impuesto al consumidor final lo que evita la aplicación de la repercusión jurídica¹⁶ que obliga al sujeto pasivo en calidad de contribuyente a soportar la carga tributaria del canon.

Destacadas las características esenciales de la figura objeto de comentario, estamos en condiciones de abordar la problemática del tributo, y que no es otra, a nuestro juicio, que su característica ambiental pues, como intentaremos demostrar –y así lo hemos dicho en varias ocasiones¹¹-, no es dable argumentar doble imposición a la luz del art. 6.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y tampoco la contravención del Derecho comunitario –como ha tenido ocasión de enjuiciar el TJUE-; cuestión esta que no empece para afirmar "que un canon como el controvertido en los litigios principales pueda hacer menos atractiva la producción y la utilización de la energía eólica, y poner en riesgo su desarrollo"¹8 o que "el incremento de la utilización de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad constituye una parte importante del paquete de medidas necesarias para

¹⁵ Esta presunción no se contempla en la Ley castellano-leonesa 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

¹⁶ Se muestra a favor de impedir la traslación jurídica GARCÍA DE PABLOS, J. F. El canon eólico como tributo medioambiental. Quincena Fiscal, 2011, (21), 67-85. ISSN: 1132-8576.

¹⁷ LUCHENA MOZO, G. M. La imposición autonómica ambiental sobre las energías renovables: el nuevo canon eólico de Castilla-La Mancha. En G. PATÓN GARCÍA, coord. Fiscalidad medioambiental: iniciativas y orientaciones actuales. Documentos - Instituto de Estudios Fiscales, 2012, 4, 25 y ss. ISSN 1578-0244; LUCHENA MOZO, G. M. El canon eólico de Castilla-La Mancha. En M. LUCAS DURAN, coord. Fiscalidad y energías renovables. Aranzadi, 2013, p. 277-320. ISBN: 978-84-9014-959-1.

¹⁸ Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 39.

AMBIENTEDIRITTO

reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, que figuran entre las principales causas de los cambios climáticos que la Unión Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir, y para cumplir, en particular, el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Este incremento tiene también por objeto la protección de la salud y la vida de las personas y animales, así como la preservación de los vegetales, razones de interés general enumeradas en el art. 36 TFUE. Por otro lado, se desprende del art. 194 TFUE, apartado 1, letra c), que el desarrollo de las energías renovables es uno de los objetivos que deben guiar la política de la Unión en el ámbito de la energía" 19.

El 24 de junio de 2016 tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Constitucional un oficio de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJCLM por el que se remite, junto con el testimonio del procedimiento correspondiente, el Auto de 22 de abril de 2016 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de los capítulos I y II de la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el canon eólico y el fondo para el desarrollo tecnológico de las energías renovables y el uso racional de la energía en Castilla-La Mancha.

Los hechos que son relevantes en este proceso constitucional son:

- La duda de la constitucionalidad del canon se plantea desde una doble perspectiva: tanto desde el punto de vista de su estructura, atendiendo a si existe o no coincidencia con el Impuesto de Actividades Económicas (IAE) –al que nosotros añadimos el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)²⁰- y si cumple o no una verdadera finalidad

¹⁹ Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 38. En este mismo sentido se puede consultar la STJUE de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft, C-573/12, EU:C:2014:2037, apartados 78 a 81.

²⁰ Téngase en cuenta que los aerogeneradores tienen la condición de bienes inmuebles de características especiales – BICES- de acuerdo con la doctrina de la Dirección General de Tributos (RDGT 0731-02, de 16 de mayo de 2002 y 0837-04, de 30 de marzo de 2004). Así, el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, considera que los bienes inmuebles de características especiales, constituyen un conjunto complejo de uso especializado integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble, agregando el apartado dos que "se consideran bienes inmuebles de características especiales los comprendidos, conforme al apartado anterior, en los siguientes grupos: los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo y las centrales nucleares...". Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 14 de mayo de 2010, "no obstante, hay que reconocer que la Ley del Catastro Inmobiliario no contiene ninguna referencia expresa a los aerogeneradores de forma individual ni a los parques eólicos, en su conjunto, aunque pueden incluirse en el apartado general de los destinados a la producción de energía eléctrica, si cumplen los requisitos que justifican esta categoría de bienes", resultando de lo anterior que "la norma está recogiendo el concepto de bienes inmuebles del Código Civil, y en relación con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, la interpretación jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo en relación con determinados inmuebles que según el art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, son bienes inmuebles de características especiales» (Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2012, FJ 7). La STS de 27 de noviembre de 2015 (Recurso de Casación núm. 1757/2014), recaída sobre el canon eólico de Galicia estima que "llegados a la conclusión de que no existe, desde la perspectiva del art. 6.3 LOFCA, colisión entre el canon eólico gallego y el impuesto municipal sobre bienes inmuebles, resulta irrelevante el debate de si aquel primero persigue una finalidad extrafiscal, en concreto, la protección del medio ambiente, o si por el contrario sencillamente se endereza a acrecer los ingresos públicos de la Comunidad Autónoma, revelando un designio exclusivamente fiscal. Aunque concluyéramos en este segundo sentido, no habría infracción del mencionado precepto por la sencilla razón de que no se da el presupuesto que el mismo contempla: el canon eólico no recae sobre hechos imponibles gravados por el impuesto sobre bienes inmuebles" (FJ 6). La misma circunstancia la encontramos en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), en la medida en que los

AMBIENTEDIRITTO

disuasoria de los comportamiento que trata de evitar con el fin de eludir la contaminación de la naturaleza y sus recursos, como desde la óptica de la asignación y destino de la recaudación a la reparación de los daños medioambientales causados por la instalación de aerogeneradores.

Pues bien, el TC después de analizar el IAE,²¹ trayendo a colación otras Sentencias, señala que "se trata de un tributo que afecta a toda actividad económica con carácter general, e insistiendo, entre otras en la STC 210/2012, que «dado el carácter universal y vocación censitaria del IAE, interpretado de forma literal, el contraste de cualquier tributo autonómico que grave una actividad económica con el IAE determinará que dicho tributo sea contrario al art. 6.3 LOFCA» (STC 210/2012, FJ 6)"22. Ahora bien, "«para apreciar la coincidencia o no entre hechos imponibles, que es lo prohibido en el art. 6 LOFCA, se hace preciso atender a los elementos esenciales de los tributos que se confrontan, al objeto de determinar no solo la riqueza gravada o materia imponible, que es el punto de partida de toda norma tributaria, sino la manera en que dicha riqueza o fuente de capacidad económica es sometida a gravamen en la estructura del tributo [SSTC 210/2012, FJ 4, y 53/2014, de 10 de abril, FJ 3 a)]». En este examen debe tenerse en todo caso presente que cabe gravar desde distintas perspectivas la misma actividad, como también reiteramos, por ejemplo, en la STC 210/2012 (al comparar el impuesto sobre depósitos establecido por la Comunidad de Extremadura y el impuesto sobre actividades económicas). Y ello porque, como tantas veces hemos reiterado, «habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría... a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos, por el momento, nuevos impuestos autonómicos» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14). En razón de esta premisa, la interpretación de los límites contenidos en el art. 6 LOFCA deberá respetar la existencia de un espacio fiscal propio de las Comunidades Autónomas y, en particular, tener en cuenta las

aerogeneradores quedan incluidos en la determinación de la base imponible del impuesto, sobre todo desde la STS de 14 de mayo de 2010 dictada en el Recurso de Casación en Interés de Ley. Otro tanto de lo mismo sucede con el canon urbanístico, cuyo marco legal a nivel estatal lo encontramos en el art. 9.2 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo que contempla la posibilidad de que los municipios dispongan de una prestación patrimonial impuesta a los titulares de derechos sobre terrenos no urbanizables cuando lleven a cabo instalaciones, construcciones y edificaciones que implique una transformación del uso normal que el suelo rústico venía teniendo, que implica una actividad constructiva (STSJCLM de 19 de septiembre de 2008, FJ 2) y cuya cuantía en Castilla-La Mancha es "del dos por ciento del importe total de la inversión en obras, construcciones e instalaciones a realizar" (ex. Art. 64.3 del Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo de 2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística en Castilla-La Mancha) entendido como el «total del caudal del dinero empleado en la realización de proyecto conceptuado como "totalidad" (SsTSJCLM de 19 de septiembre de 2008 o de 8 de marzo de 2010, específicamente referida a parques eólicos, y Sentencia de 15 de noviembre de 2011 para instalaciones fotovoltaicas); o lo que es lo mismo, los aerogeneradores integrarían la instalación objeto del canon. Vid. en este sentido GARCÍA DE PABLOS, J. F. La base imponible de los parques eólicos en el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras. Revista de Contabilidad y Tributación, 2010, 333, 82. ISSN: 1132-8576; GARCÍA DE PABLOS, J. F. El canon eólico como tributo medioambiental. Quincena Fiscal, 2011, (21), 65-84. ISSN: 1132-8576.

²¹ También el TS había entendido, en relación al canon gallego, que no se producía duplicidad de hechos imponibles ente el canon y IAE (STS de 1 diciembre 2015, Recurso de Casación núm. 1533/2014).

²² Pleno. Auto 183/2016, de 15 de noviembre de 2016. Cuestión de inconstitucionalidad 3662-2016. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3662-2016, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con los capítulos I y II de la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el canon eólico y el fondo para el desarrollo tecnológico de las energías renovables y el uso racional de la energía en Castilla-La Mancha. FJ 5.

competencias en materia tributaria asumidas por las Comunidades Autónomas, y en concreto, por la Comunidad Autónoma de Cataluña en virtud del art. 203.5 de su Estatuto de Autonomía. Ahora bien, todo ello teniendo en cuenta que las prohibiciones de equivalencia lo que pretenden evitar es, en suma, que se produzcan dobles imposiciones no coordinadas, garantizando de esta manera que el ejercicio de poder tributario por los distintos niveles territoriales sea compatible con la existencia de "un sistema" tributario en los términos exigidos por el art. 31.1 CE"²³.

En definitiva, y como hemos señalado en otras ocasiones, dada la modificación operada en el art. 6.3 de la LOFCA por la Ley Orgánica 3/2009 en aras a posibilitar la creación de nuevas figuras por las Comunidades Autónomas (CC. AA,) eliminando la posibilidad de afectación a la materia imponible objeto de gravamen por las Corporaciones locales, convalidaría la posible intromisión²⁴ pues es evidente que nos encontramos con hechos imponibles diferenciados lo que no descarta que podamos hablar de sobreimposición²⁵.

Y concluye el TC que "descartada esta vertiente de la duda de constitucionalidad planteada, ya no resulta necesario examinar la supuesta falta de finalidad extrafiscal del tributo autonómico que también ha denunciado el órgano judicial, por cuanto ya se ha determinado que, en los términos que han quedado expuestos, no se superan los límites que derivan del art. 6.3 LOFCA respecto a la creación de tributos propios por las Comunidades Autónomas y la duda del órgano judicial partía precisamente de la premisa de que tales límites se habían superado"²⁶.

-El efecto que produce el planteamiento casi simultáneo de la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial ante el TJUE. El TC estima que el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE y de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC "determina que no pueda entenderse cumplido, respecto de la admisibilidad de esta, el requisito de que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC), por las razones que ya dejamos señaladas en el ATC 168/2016, de 4 de octubre, FJ 4, al que ahora procede remitirse in totum. En efecto, allí se concluyó que «estando pendiente de resolución una cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial sobre una norma legal, por entender que puede ser incompatible con el Derecho de la Unión Europea, no cabe que ese órgano plantee cuestión de inconstitucionalidad sobre esa misma norma hasta que el TJUE resuelva. La eventual incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión sería causa de su inaplicabilidad en el proceso y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad: que la norma con rango de ley cuestionada sea «aplicable al caso» (arts. 163 CE y 35.1 LOTC). El planteamiento simultáneo en el presente caso de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la cuestión de inconstitucionalidad

²³ Auto 183/2016, de 15 de noviembre de 2016. FJ 4. En este mismo sentido Vid. SsTC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4; 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3 b); 210/2012, FJ 4, y 53/2014, FJ 3 a), 74/2016, FJ 2.

²⁴ ADAME MARTÍNEZ, F. D. Nuevos tributos ambientales: el Impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada y canon eólico de Galicia. Noticias de la Unión Europea, 2010, (308), 110. ISSN: 1133-8660.

²⁵ LUCHENA MOZO, G. M.: "El canon eólico de Castilla-La Mancha". Op. Cit., 298. Por su parte, VILLAR EZCURRA habla de superposición. VILLAR EZCURRA, M. Cuestiones de eficiencia, eficacia y legalidad comunitaria europea en el proceso hacia un modelo de fiscalidad de la energía. Quincena Fiscal, 2013, (5), 18. ISSN: 1132-8576.

²⁶ Auto 183/2016, de 15 de noviembre de 2016. FJ 7.

determina, en consecuencia, la inadmisibilidad de esta por incumplimiento del requisito de la aplicabilidad (art. 37.1 LOTC)"27.

Ahora bien, en nuestro Ordenamiento no disponemos de una norma que establezca el orden de prelación entre una cuestión de inconstitucionalidad y una cuestión prejudicial ante el TJUE. Pero aún hay más, pues si acudimos al art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y la interpretación que sobre el mismo se ha llevado a cabo, parece no casar bien con la argumentación del TC. En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que "un órgano jurisdiccional nacional, que conoce de un litigio relacionado con el Derecho de la Unión y considera que una disposición nacional no solo es contraria al Derecho de la Unión, sino que, además, adolece de vicios de inconstitucionalidad, no está privado de la facultad ni exento de la obligación, previstas en el art. 267 TFUE, de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión por el hecho de que la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición de Derecho interno requiera necesariamente un recurso previo ante un juez constitucional"²⁸.

Es más, el Tribunal de Justicia ha deducido que "el funcionamiento del sistema de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales establecido por el art. 267 TFUE y el principio de primacía del Derecho de la Unión requieren que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad"²⁹.

Dicho de otro modo: "el art. 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que albergue dudas acerca de la compatibilidad de una normativa nacional, tanto con el Derecho de la Unión como con la Constitución del Estado miembro de que se trate, no está privado de la facultad ni, en su caso, exento de la obligación de plantear al Tribunal de Justicia cuestiones sobre la interpretación o la validez de ese Derecho por el hecho de que esté pendiente un procedimiento incidental de control de la constitucionalidad de esa misma normativa ante el órgano jurisdiccional nacional encargado de ejercer ese control"³⁰.

Volviendo al ámbito comunitario, queda demostrado que los sistemas de apoyo a la generación eléctrica a partir de fuentes de energías renovables contemplado en la Directiva 2009/28/CE son potestativos para los Estados miembros disponiendo, además, de un amplio margen de aplicación en relación a las medidas a adoptar para alcanzar los objetivos nacionales vinculantes³¹. En este sentido, y como afirma el

²⁷ Pleno. Auto 183/2016, de 15 de noviembre de 2016. Cuestión de inconstitucionalidad 3662-2016. Inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3662-2016, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJCLM en relación con los capítulos I y II de la Ley 9/2011, de 21 de marzo, por la que se crean el canon eólico y el fondo para el desarrollo tecnológico de las energías renovables y el uso racional de la energía en Castilla-La Mancha. FJ 2.

²⁸ Sentencias Mecanarte, C-348/89, EU:C:1991:278, apartados 39, 45 y 46; Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, EU:C:2010:363, apartado 45; A, C-112/13, EU:C:2014:2195, apartado 38 y 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, ECLI:EU:C:2015:354, aparatados 30 a 34.

²⁹ Sentencias A, C-112/13, EU:C:2014:2195, apartado 39 y 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, aparatado 35.

³⁰ Sentencia de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, aparatado 39.

³¹ La Abogada General afirma expresamente que "el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el legislador de la Unión nunca se planteó el objetivo de llevar a cabo una armonización exhaustiva de los sistemas nacionales de apoyo a la producción de energías renovables. El objetivo directo de la Directiva 2009/28 es que se alcancen unas

Abogado General en las conclusiones presentadas el 1 de junio de 2017, "el gravamen controvertido infringiría el art. 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2009/28 si tuviera como consecuencia que España no pudiera alcanzar las cuotas de energías renovables exigidas conforme a ese art."³². Y añade, "es dudoso que pueda demostrarse de alguna forma que un gravamen concreto de una Comunidad Autónoma impide que el Estado miembro, en su conjunto, alcance los objetivos mencionados, pues, normalmente recaerán otros impuestos y existirán además otros factores de tipo económico o técnico que obstaculizarán un uso más intenso de las energías renovables"³³. Para fundamentar este argumento se acude a las cifras facilitadas por Eurostat³⁴ en el que España ha cumplido el porcentaje medio establecido. Ahora bien, como puede deducirse de esta misma información, en 2015 del total de la electricidad producida en España derivada de fuentes renovables, más de la mitad corresponde a la eólica; cifra que puede verse alterada si continua el estancamiento que refleja el crecimiento del sector en estos últimos años³⁵.

Por otro lado, y por lo que a la Directiva 2008/118/CE se refiere, no podemos entender el error del TSJCLM en su alegato configurando el canon como impuesto indirecto. Sin necesidad de traer a colación la definición de un método impositivo directo o indirecto –como lo haría el maestro SAINZ DE BUJANDA³⁶- es evidente que el objeto material del hecho imponible del canon eólico recae sobre los aerogeneradores que configuran un parque eólico y que no hay traslación jurídica del montante del mismo³⁷. Estas circunstancias nos alejan de la posibilidad de aplicación de la Directiva 2008/118 y de los pronunciamientos del TJUE sobre la interpretación del concepto de «gravámenes indirectos», en el sentido del art. 1, apartado 2, de la Directiva 2008/118 "que pretende tener en cuenta la diversidad de las tradiciones fiscales de los Estados miembros en esta materia y la utilización frecuente de los impuestos indirectos para la aplicación de políticas no presupuestarias, permite a los Estados miembros introducir, además del impuesto especial mínimo, otros impuestos indirectos que persigan una finalidad específica"³⁸. De este modo solo podría quedar comprendido bajo el ámbito de

cuotas de consumo de energías renovables respecto del consumo global, gozando los Estados miembros de un amplio margen de actuación para elegir los medios con los que lograr, en los plazos fijados, esas cuotas" (apartado 47). Vid. Sentencia de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft, C-573/12, apartados 59 a 63.

³² Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 1 de junio de 2017, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, ECLI:EU:C:2017:422, apartado 31.

En este sentido Vid. También Sentencia de 2 de marzo de 2017, J.D., C-4/16, ECLI:EU:C:2017:153, apartados 32 a 34.

³³ Op. Cit. Apartado 32.

³⁴ EÜROSTÄT: Renewable energy in the EU. Share of renewables in energy consumption in the EU still on the rise to almost 17% in 2015. Eleven Member States already achieved their 2020 targets [en línea] [Consultado 5 noviembre 2019] Disponible en: http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7905983/8-14032017-BP-EN.pdf/af8b4671-fb2a-477b-b7cf-d9a28cb8beea

³⁵ AEE [en línea] [Consulado 8 noviembre 2019] Disponible en: https://www.aeeolica.org/es/sobre-la-eolica/la-eolica-en-espana/potencia-instalada/

³⁶ SAINZ DE BUJANDA, F.: Impuestos directos e impuestos indirectos. En F. SAINZ DE BUJANDA et al. Hacienda y Derecho. Estudios de Derecho Financiero, Volumen II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, 441 y ss. ISBN: 978-84-259-0266-6.

³⁷ Vid. ROZAS VALDÉS, J. A.: El modelo español de sistema financiero eléctrico a la luz del derecho comunitario. Quincena Fiscal, 2015, (13), 17 y 18. ISSN: 1132-8576.

³⁸ Sentencia de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, aparatados 58 y 59. Cfr. También sentencia Comisión/Francia, C-434/97, EU:C:2000:98, apartados 18 y 19.

AMBIENTEDIRITTO	

aplicación de dicha Directiva un gravamen indirecto que recaiga de manera directa e indisociable³⁹ sobre la electricidad producida por los aerogeneradores.

Es evidente que puede tener lugar una repercusión económica, ahora bien, como señala la Abogada General, "dado que un gravamen que recae sobre las instalaciones eólicas con independencia de la electricidad producida no puede ser trasladado con exactitud al precio de esa electricidad, y menos aún podrá ser facturado al consumidor final de forma transparente como un componente añadido al precio. En efecto, no es posible determinar qué proporción de la electricidad adquirida por ese consumidor fue producida por la instalación eólica sometida al gravamen. De ahí que la posibilidad, en su caso, de una traslación económica de la carga impositiva al consumidor no permite calificar al tributo de gravamen indirecto en el sentido del art. 1, apartado 2, de la Directiva 2008/118"40.

A este respecto cobra relevancia la STS de 20 de septiembre de 2016 (núm. Rec. 379/2013)⁴¹ que haciendo suya la Sentencia de 11 de junio de 2014 (núm. Rec. 102/2013), y amparándose en la modificación introducida en la regulación de los suplementos territoriales por el Real Decreto-ley 20/2012, reconoce la obligación de incluir en los peajes de acceso los sobrecostes generados por los tributos autonómicos que gravaban directa o indirectamente las actividades o instalaciones destinadas al suministro eléctrico, dejando claro que esta obligación no queda condicionada a la aprobación de la Orden Ministerial a la que se remitía Disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley. Pese a tales condiciones, no creemos que pueda cumplirse con el condicionamiento que el TJUE señala en relación a la exactitud y transparencia en la repercusión⁴² del canon eólico.

Argumentado todo lo anterior, y teniendo en cuenta que ni el TC⁴³ ni el TJUE⁴⁴ se pronuncian sobre la teórica naturaleza extrafiscal del canon, este será nuestro objetivo.

IV. La fiscalidad específica sobre las fuentes de energía renovables: presunta naturaleza extrafiscal del canon eólico.

En relación a las CC. AA,, si bien es cierto que el Estado tiene competencias sobre "la Legislación Básica para la protección del Medio Ambiente, (lo es) sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas para establecer normas adicionales" (art. 149.1.23ª Constitución Española –CE–). Igualmente, el art. 148.1.9ª CE contempla que "las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en la gestión en materia de protección del medio ambiente". Por otra parte, el art. 48.1.3 del mismo cuerpo dispositivo fundamental establece que "la ordenación del territorio es competencia del

³⁹ Así lo exige el TJUE en Sentencias de 10 de junio de 1999, Braathens, C-346/97, EU:C:1999:291, apartado 23, de 4 de junio de 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C-5/14, apartados 61-64, y de 1 de octubre de 2015, OKG, C-606/13, EU:C:2015:636, apartado 35.

⁴⁰ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 1 de junio de 2017, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 60.

⁴¹ En este mismo sentido Vid. SsTS de 17 de abril de 2017 (núm. Rec. 636/2016) o de 24 de abril de 2017 (núm. Rec. 535/2014).

⁴² Sentencia de 1 de octubre de 2015, OKG, C-606/13, apartados 31 a 33.

⁴³ Auto 183/2016, de 15 de noviembre de 2016. FJ 7.

⁴⁴ Para el TJUE "la cuestión de si el objetivo de este canon es la protección del medio ambiente se inscribe únicamente en el ámbito del Derecho nacional" (Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Elecdey Carcelen, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 64).

Д	MBIENTEDIRITTO

gobierno autonómico". Posteriormente, la transferencia de competencias a las CC. AA. en materia energética y de protección del medio ambiente, entre otras, se plasman a través de las estipulaciones de cada uno de los Estatutos de Autonomía⁴⁵ que, unido a la competencia para decretar tributos propios, confirma la denominada «doble competencia» para dictar tributos ambientales autonómicos que habilita la creación del impuesto –o el mal denominado canon⁴⁶- sobre la afección medioambiental causada por los parques eólicos por la LCE.

Tal y como evidencia la propia Exposición de motivos de la Ley por la que se crea el canon eólico en Castilla-La Mancha, a la que ya nos hemos referido, se pretende socializar las externalidades que el ciclo de aprovechamiento de este tipo de energía provoca creando el denominado canon eólico como "prestación patrimonial pública de naturaleza finalista y extrafiscal, concebido como instrumento destinado a internalizar los costes sociales, económicos y ambientales mencionados y dirigido a estimular y promover el desarrollo tecnológico, con especial incidencia en lo referente a la potencia de los aerogeneradores, lo cual redundará en minimizar las afecciones derivadas de este tipo de actividad, mediante la reducción de la superficie afectada por las instalaciones y la consiguiente liberación de territorio para su aprovechamiento general".

Ahora bien, tal y como tiene afirmado el TS en sentencia de 28 de marzo de 2006 (Recurso de Casación 5527/2003), "la «utilización especial del recurso eólico», que supone la instalación de parques eólicos, comporta una incidencia relevante sobre el territorio, de modo que es necesario armonizar el núcleo de intereses energéticos expuestos con los valores paisajísticos y de protección del medio ambiente, la flora y la fauna, porque el reconocimiento del derecho a la instalación de centrales o parques de generación eléctrica no significa, obviamente, que los promotores de estas instalaciones de producción de energía eléctrica puedan seleccionar discrecionalmente el espacio en que pueden construirse, al deber respetar las directrices vinculantes establecidas en los Planes Territoriales Sectoriales que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, para delimitar las zonas en que son admisibles" 47.

De este modo, lo que condiciona la autorización para la instalación de parques eólicos es que se garanticen los valores medioambientales presentes en la zona donde se

⁴⁵ El Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha –aprobado Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (BOE núm. 195, de 16 de agosto de 1982)—, establece como objetivo de la Junta de Comunidades, en su art. 4, letras c) y f): «el aprovechamiento y la potenciación de los recursos económicos de Castilla-La Mancha», y, de forma más directa, en las regla número 27 del art. 31 del Estatuto de Autonomía, reconoce a la Junta de Comunidades competencias exclusivas sobre «instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando el transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra Comunidad Autónoma. A mayor abundancia, el art. 32 del Estatuto, en los números 7 y 8, reconoce a la Junta de Comunidades, en el marco de la legislación básica del Estado, competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente y los ecosistemas y del régimen minero y energético.

⁴⁶ Como hemos tenido oportunidad de afirmar en otras ocasiones, el operador jurídico no puede quedar condicionado por los dictados del legislador a la hora de fijar la naturaleza jurídica de una determinada figura tributaria, sino que es desde su regulación como se puede precisar la misma sin que dicha operación resulte en ningún caso baladí. Dicho esto, la primera tarea, como ya es costumbre en materia de tributos relacionados con el medio ambiente, es clarificar su ubicación dentro de las categorías tributarias tras su calificación aséptica como canon. Espacio que vendrá determinado en función de los elementos que lo configuran y del que ya adelantamos su condición de impuesto dentro de la trilogía clasificatoria del art. 2 de la Ley General Tributaria. Así lo han entendido también SsTC 269/1994, FJ 4; 164/1995, FJ 4; 185/1995, FJ 6 b); 134/1996, FJ 6; 276/2000, FJ 5; 242/2004, FJ 5; 121/2005, FJ 6 ; y 73/2011 , FJ 4. Vid. LUCHENA MOZO, G. M.: "La imposición autonómica ambiental sobre las energías renovables: el nuevo canon eólico de Castilla-La Mancha". Op. Cit. Págs. 25 y ss.

⁴⁷ En este mismo sentido STS de 14 de julio de 2014 (Recurso de Casación 3892/2011).

AMBIENTEDIRITTO	

proyecta su emplazamiento⁴⁸, de modo que cabe prohibir las instalaciones eólicas de producción de energía eléctrica cuando los aerogeneradores o las infraestructuras de transporte y distribución asociadas se encuentren en terrenos ubicados en la zona de influencia de espacios protegidos distinguidos como Zonas de Especial Protección de las Aves (ZEPA) o lugares de interés comunitario (LIC) puesto de manifiesto mediante la Declaración de Impacto Ambiental⁴⁹. A estas circunstancias se refieren también las SsTJUE de 3 de julio de 2008, Comisión/Irlanda, C-215/06⁵⁰ y de 15 de mayo de 2014, Briels y otros, C-521/12⁵¹, al condicionar la autorización de un proyecto que pueda tener repercusiones significativas sobre el medio ambiente a asegurar que no se causen perjuicios a la integridad del lugar, lo que requiere la previa formulación de una adecuada evaluación de impacto ambiental, que deberá analizar si concurre la existencia de posibles razones imperiosas de interés público de primer orden y si existen alternativas menos perjudiciales para los espacios protegidos lo que supone que las instalaciones de parques eólicos tendrían incluidas las pretendidas afecciones paisajísticas tal y como contempla el Convenio Europeo del paisaje (CEP), firmado en Florencia el 20 de octubre de 2000 –ratificado por España el 26 de noviembre de 2007–, y atendiendo a las Recomendaciones CM/REC (2008)3 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las orientaciones para la aplicación del CEP.

Si bien es cierto que "la explotación de instalaciones eólicas puede provocar perturbaciones significativas y un deterioro de los hábitats de especies de aves protegidas"⁵², no lo es menos que "el régimen de protección que las Directivas sobre los hábitats y sobre las aves otorgan a los lugares que forman parte de la red Natura 2000 no prohíbe toda actividad humana en esos lugares, sino que únicamente supedita la autorización de las referidas actividades a una evaluación previa de los efectos sobre el medio ambiente del proyecto de que se trate"⁵³ examinando las repercusiones que pueda tener de forma cumulativa con otros proyectos⁵⁴.

- a) Espacios naturales protegidos declarados conforme al Ordenamiento Jurídico.
- b) Espacios naturales en tramitación al momento de presentarse la solicitud de autorización administrativa previa.
- c) Zonas sensibles declaradas conforme al Ordenamiento Jurídico:
- 1°. Zona de especial protección para aves (ZEPA).
- 2º. Lugares de importancia comunitaria (LIC).
- 3º. Áreas críticas derivadas de la aplicación de los planes de recuperación y conservación de especies amenazadas.
- 4º. Refugios de fauna.
- 5°. Refugios de pesca.
- d) Bienes de interés cultural, declarados conforme al Ordenamiento Jurídico o en fase de declaración, y sus entornos de protección.
- e) Parques Arqueológicos de Castilla-La Mancha declarados conforme al Ordenamiento Jurídico".
- ⁴⁹ Vid. STS de 14 de octubre de 2013 (Recurso de Casación 4027/2010).
- ⁵⁰ ECLI:EU:C:2008:380.
- ⁵¹ ECLI:EU:C:2014:330.
- ⁵² Sentencia de 14 de enero de 2016, Comisión/Bulgaria, C-141/14, ECLI:EU:C:2016:8, apartado 75.
- ⁵³ Sentencia de 21 de julio de 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini y Eolica di Altamura, C-2/10, ECLI:EU:C:2011:502, apartado 40.
- ⁵⁴ Cfr. Sentencia de Marktgemeinde Straßwalchen y otros, C-531/13, ECLI:EU:C:2015:79, apartado 45.

⁴⁸ Así reza la Disposición adicional primera del Real Decreto Decreto 34/2017, de 2 de mayo, por el que se modifica el Decreto 80/2007, de 19 de junio, por el que se regulan los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica a tramitar por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y su régimen de revisión e inspección, al fijar que: "No podrá autorizarse la implantación de parques eólicos en los siguientes espacios, siempre que estén delimitados geográficamente con coordenadas UTM:

AMBIENTEDIRITTO

Pero previa a la evaluación de impacto ambiental, serán otros los condicionamientos estructurales y económicos que influyan en el proyecto de un parque eólico y el primer paso será la selección de la localización, en el que juega un papel importante el potencial eólico, las componentes ambientales susceptibles de afección, las zonas de exclusión, las líneas de evacuación de la red eléctrica, así como la planificación territorial pública a través de la ordenación del territorio y el planeamiento urbanístico serán elementos a tener en cuenta a la hora de elegir un emplazamiento. De ello deducimos que no todos los enclaves son idóneos para ubicar un parque eólico.

En efecto, si volvemos a la Exposición de motivos de la LCE, lo completamos con lo dispuesto en los arts. 1 y 2, y lo relacionamos con la definición de hecho imponible del art. 4 del mismo cuerpo dispositivo, obtenemos como conclusión que de lo que se trata es de someter a tributación un entorno físico –«la idoneidad de las ubicaciones»–, objeto de una actividad económica vinculada al aprovechamiento industrial del viento.

El viento es un fenómeno meteorológico que se origina como consecuencia de las diferencias de presión y está siempre presente en la superficie de la tierra. Cuando hablamos de energía eólica nos referimos al aprovechamiento de la energía cinética del viento como fuente de energía primaria. Esta fuente de energía calificada como renovable en cuanto fuente inagotable, limpia y no contaminante cuenta, sin embargo, con una matización puesta en evidencia por MARTÍN MATEO: la energía eólica es limitada en cuanto a los emplazamientos aptos para su obtención⁵⁵. En efecto, hay zonas urbanas, áreas naturales protegidas o áreas con un valor paisajístico innegable que resultará incompatible con la instalación de los parques. En otras ocasiones, el régimen de los vientos, ya sea por su escasez, virulencia o irregularidad hace que no sea factible desde el punto de vista técnico explotar la energía procedente del viento. Dificultades orográficas o problemas de acceso a una red de transporte de electricidad que limita la potencia de vertido provoca que los parques eólicos tengan que concentrarse en franjas de terrenos idóneas a tal fin. En definitiva, los emplazamientos posibles son limitados lo que determina que el viento solo sea aprovechable si confluye viabilidad técnica y económica⁵⁶.

Esa faceta económica es puesta de manifiesto por el propio TS cuando en su Sentencia de 28 de marzo de 2006 evidencia que "los avances tecnológicos permiten ahora la posibilidad de una utilización industrial del viento, esto es, de los «recursos eólicos» que bajo esta denominación revelan ya su importancia económica. El viento como recurso natural –o, más propiamente, la energía que en él se contiene– va adquiriendo, en paralelo a su valoración económica, una significación jurídica que requiere la intervención del legislador, tanto más cuanto que las características de los aerogeneradores con los que se trata de aprovechar aquella energía implican una cierta

⁵⁵ Cfr. por DELGADO PIQUERAS, F. La naturaleza jurídica de la energía eólica. En M. A. TORRES LÓPEZ (dir.), E. ARANA GARCÍA (dir.), Energía Eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales. Thomson, 2010, 219, nota 315. ISBN: 978-84-470-3554-0. Se configuró así el área preferente de energía renovable (APER) según el Decreto 20/2010, de 20 de abril, que regula el aprovechamiento de la energía eólica en Castilla-La Mancha, derogado ahora por el Decreto 34/2017, de 2 de mayo, por el que se modifica el Decreto 80/2007, de 19 de junio, por el que se regulan los procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica a tramitar por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y su régimen de revisión e inspección. Esta área era definida como aquellas "zonas del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, concretadas en el plan específico para el desarrollo eólico de Castilla-La Mancha, que reúnen las mejores condiciones para la captación y utilización de energías renovables".

⁵⁶ Op. cit., últ. Págs. 220 y 222.

AMBIENTEDIRITTO

«utilización especial» del recurso eólico... Esta nueva realidad (a la vez tecnológica, económica y jurídica) se inserta, además, en un marco normativo ya bien consolidado como es el de la producción y distribución, en sentido amplio, de la energía eléctrica (FJ 6)⁵⁷.

Dicho de otro modo, el objeto fin del tributo sería una actividad económica vinculada al aprovechamiento industrial del viento, mientras que el objeto material sería el propio parque eólico por su emplazamiento, potencial económico y técnico al que hemos hecho referencia. Esta situación, a nuestro juicio, nos aleja considerablemente de los fines extrafiscales⁵⁸ presentes en los tributos de carácter medioambiental⁵⁹ para llevarnos a un auténtico tributo contributivo⁶⁰ y, en cierto modo, un "pole tax"⁶¹.

Aunque la afectación ha sido aceptada por el Alto Tribunal para admitir el fin ecológico, hemos tenido ocasión de mostrar nuestra oposición a entenderlo como nota diferenciadora por el efecto perturbador que puede llegar a producir sobre el objeto protegido, aunque suponga garantía de aceptación por el destinatario del mismo produciendo así un fenómeno de ilusión financiera. En definitiva, la afectación colabora con el compromiso político de protección medioambiental adoptado con la implantación de un impuesto de este tipo, pero en ningún caso constituye un requisito imprescindible para la afirmación de la autenticidad en los fines medioambientales⁶².

En definitiva, y a modo de conclusión, si "la prohibición del art. 6 de la LOFCA no tiene operatividad alguna (y), no impide, ..., la aprobación de cualquier tributo propio

⁵⁷ En este mismo sentido se expresan las SsTS de 26 de junio de 2006 y 30 de enero de 2007.

Téngase en cuenta que el carácter extrafiscal de un tributo, como pone de manifiesto ZORNOZA PÉREZ, "no modifica o altera en modo alguno la materia imponible gravada por el mismo, entendida como la riqueza descrita en sus normas reguladoras y sobre la que el tributo recae, sino que, como mucho, alterará su «objeto-fin», que es una noción distinta, esta sí, perteneciente al plano de lo fáctico" (ZORNOZA PÉREZ, J.: El Impuesto sobre Determinadas Actividades que inciden en el Medio Ambiente: finalidad extrafiscal y límites al poder tributario de las Comunidades Autónomas. Noticias de la Unión Europea, 2008, (281), 78. ISSN: 1133-8660). Dicho de otro modo, "en ningún momento el art. 6.3 de la LOFCA contempla excepción "extrafiscal" alguna que pueda contrarrestar la declaración de incompatibilidad de los tributos propios de las CC. AA. cuando recaigan sobre hechos imponibles gravados por los tributos locales" (MENÉNDEZ MORENO, A. La generación de afecciones e impactos visuales y ambientales...", un hecho imponible extraño y exitoso a la vez. (A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 2015). Quincena Fiscal, 2016, (6), parte Editorial. ISSN: 1132-8576.

⁵⁹ En sentido contrario se expresa GARCÍA NOVOA, C. El canon eólico de la Comunidad Autónoma de Galicia. Nueva Fiscalidad, 2010, (2), 13 y ss. ISSN: 1696-0173. Más moderado en su defensa IGLESIAS CASAIS, J. M.: "Los tributos medioambientales autonómicos sobre instalaciones destinadas a la producción de energías renovables". Nueva Fiscalidad, 2010, (2), 97 y 102. ISSN: 1696-0173; FERNÁNDEZ LÓPEZ, R.I. Un nuevo enfoque de la tributación ambiental: la fiscalidad específica sobre las fuentes de energías renovables. Quincena Fiscal, 2010, (22), ISSN: 1132-8576.

⁶⁰ Como expresa la STC 122/2012, de 5 de junio de 2012, "ni la mera declaración de intenciones sobre la finalidad de un tributo es suficiente para salvar el obstáculo del art. 6.3 LOFCA, ni tampoco basta, a los efectos de distinguir sus hechos imponibles, con incorporar a un impuesto primordialmente fiscal una finalidad extrafiscal adicional. La finalidad extrafiscal tendrá que aparecer reflejada en la estructura del impuesto y plasmarse en su hecho imponible, y no será suficiente para considerar que un tributo es primordialmente extrafiscal, y diferenciarlo de otro básicamente fiscal, con introducir en sus elementos coyunturales o accesorios, como son, por ejemplo, los beneficios fiscales, ciertas finalidades de estímulo o incentivo a determinadas conductas [STC 134/1996, de 22 de julio, FJ 6 B)]" (FJ 4).

⁶¹ En palabras de la Abogada General Sra. Juliane Kokott en las conclusiones presentadas el 1 de junio de 2017 a los asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16.

⁶² Así se había defendido anteriormente por LUCHENA MOZO, G. M.; PATÓN GARCÍA, G.: Las líneas actuales de gravamen en la tributación medioambiental. Quincena Fiscal, 2005, (18), 23. ISSN: 1132-8576.

AMBIENTEDIRITTO	

de las CC. AA." ⁶³, solo queda afirmar que es "ciertamente lamentable que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha perciba gravámenes que hagan menos atractivo el uso de energías renovables que persigue la Directiva 2009/28 y que, además, también socaven por lo menos parcialmente el fomento a escala nacional de la energía eólica. No obstante, mientras el Estado miembro, a pesar de ello, cumpla en general las obligaciones del Derecho de la Unión que le conciernen, no podrá hablarse de una contravención de los sistemas de apoyo de la Directiva o de las cuotas de energías renovables prescritas, sino que, a lo sumo, se suscitará un problema de Derecho interno"⁶⁴ que, como hemos visto ha quedado también despejado tras la interpretación de nuestro TC.

Pese a todo, siguen sucediéndose recursos frente a los Tribunales superiores de Justicia en las respectivas CC.AA⁶⁵. y ante el TS, como las Sentencias de 30 y 31 de enero de 2018 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 2ª, recursos 3499/2014 y 532/2015), o de 30 de enero de 2018 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, recurso 3286/2014).

Ante dicha situación y como perspectiva de futuro, nos mostramos favorables a una tarea de coordinación y armonización a través de una Ley marco de fiscalidad ambiental⁶⁶ que atribuyera las distintas figuras impositivas o los hechos imponibles relevantes a los diferentes niveles de gobierno teniendo en cuenta el alcance espacial de los hechos gravables. De este modo se evitaría que impuestos ambientales adoptados como consecuencia de compromisos internacionales a nivel estatal⁶⁷ pueden solaparse con los previamente establecidos por las CC.AA.

⁶³ MENÉNDEZ MORENO, A.: "La generación de afecciones e impactos visuales y ambientales...", un hecho imponible extraño y exitoso a la vez. (A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre y 1 de diciembre de 2015)". Op. Cit. Pág. 4.

⁶⁴ Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 1 de junio de 2017, asuntos acumulados C-215/16, C-216/16, C-220/16 y C-221/16, apartado 35.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 20 de noviembre de 2018 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.

⁶⁶ Así se recoge también en el Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema de financiación autonómica, 2017. Ministerio de Hacienda y Función Pública [en línea] [Consulado 21 noviembre 2019] Disponible en: https://www.hacienda.gob.es/CDI/sist%20financiacion%20y%20deuda/informaci%C3%B3nccaa/informe final comisi%C3%B3n reforma sfa.pdf,.

⁶⁷ Este es el caso de Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética y la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, por la que se adoptan diversas medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica.

Δ	17	VĪ	R	IF.	N	TI		ΙĿ	2]	П	т	1)

LIBERTÀ RELIGIOSA TRA PANDEMIA E GARANZIE COSTITUZIONALI, SOVRANAZIONALI E PATTIZIE.

Profili problematici nell'approccio della normativa di emergenza.

Alberto Tomer

Abstract [ita]: Tra i diritti fondamentali che hanno subito compressioni nel tentativo di contenere l'epidemia di COVID-19, profili particolarmente problematici emergono riguardo alla libertà religiosa. Le restrizioni predisposte dalla normativa di emergenza si scontrano infatti con le garanzie previste tanto per la generale espressione del culto, sia a livello costituzionale – principalmente all'art. 19 – sia europeo – con riferimento all'art. 9 CEDU e al principio di proporzionalità elaborato dalla relativa Corte –, quanto per le specificità salvaguardate per mezzo dello strumento pattizio. Nei rapporti tra Stato e Chiesa cattolica, la complessità è resa evidente dal confronto con l'assunto – enunciato con identica formulazione da Costituzione e Concordato – della sovranità e indipendenza dei rispettivi ordini: alla luce di tale criterio e delle sue estrinsecazioni, declinate dal medesimo Accordo nel riconoscimento alla Chiesa della piena libertà di organizzazione e di pubblico esercizio del culto, le disposizioni dei decreti finora succedutisi rischiano di configurare uno sconfinamento del potere statale nelle prerogative proprie dell'autorità ecclesiastica. Tale conflitto giuridico, seppur esploso sul piano istituzionale solo con la reazione opposta dalla CEI al d.p.c.m. del 26 aprile, era peraltro già latente nella 'fase 1' e le sue manifestazioni puntuali permettono perciò di vagliare la legittimità delle misure adottate sotto la lente del triplice ordine delle tutele menzionate. L'esempio più immediato in questo senso è rappresentato dalla questione preliminare dei limiti posti all'accesso ai luoghi sacri, ma esso non è certamente l'unico. Nella stessa prospettiva, vengono quindi presi in considerazione anche i profili relativi alla responsabilità di fedeli e di ministri di culto in caso di resistenza ai divieti, verificando se per queste peculiari forme di 'obiezione di coscienza' il fattore religioso possa costituire il presupposto per una causa di giustificazione, nonché quelli attinenti all'interruzione delle funzioni religiose (fattispecie che per la sua gravità è contemplata pure dalla norma penale, all'art. 405 c.p.): quest'ultima eventualità è infatti divenuta ricorrente ad opera della forza pubblica, nonostante l'art. 5 del Concordato la vieti espressamente se non a stringenti condizioni.

Abstract [eng]: Among the fundamental rights that have been compressed in an attempt to contain the COVID-19 epidemic, particularly problematic issues emerge with regard to religious freedom. In fact, the restrictions laid down in the emergency legislation collide with the guarantees provided both for a general exercise of worship, on a constitutional – namely in article 19 – and on a European level – with respect to article 9 of the ECHR and to the principle of proportionality developed by its Court –, and for the peculiarities safeguarded by the concordatarian principle. As for the relations between the State and the Catholic Church, the complexity is made clear by the comparison with the precept of the sovereignty and the independence of each institution within its own order – which is stated with identical wording by the Constitution and the Concordat –: in the light of such a parameter and of its consequences, that are summarized by the same Agreement in the recognition of the full freedom of organization and of the public exercise of worship, the instructions of the decrees issued until now risk representing an intrusion of the State in the prerogatives of the ecclesiastical authority. Even though such a juridical conflict exploded on an institutional level only after the reaction opposed by the Italian Bishops Conference to the Decree of the Prime Minister of April 26, it was nonetheless latent during the 'phase 1' and its specific expressions give us the possibility to evaluate the legitimacy of the measure adopted under the lens of the three layers of protection already

AMBIENTEDIRITTO

mentioned. In this sense, the clearest example is represented by the preliminary matter of the limits imposed on the access to sacred places, but it certainly is not the only one. In the same perspective, other issues are therefore taken into account, like the ones concerning the responsibility of faithful and ministries in case of resistance to the prohibitions, by verifying whether the religious factor can represent the basis for a justification, as well as those regarding the interruption of religious functions (a case that is addressed in criminal law because of its seriousness, at article 405 of the Penal code): in fact, such circumstances have become frequent by the hand of the public force, despite article 5 of the Concordat explicitly forbidding it, unless strict conditions occur.

SOMMARIO: 1. L'impatto dell'epidemia sulla libertà religiosa: restrizioni legittime o pregiudicanti le tutele fondamentali?; - **2.** Le disposizioni di emergenza tra principio di proporzionalità e strumento pattizio; - **3.** I punti di rottura della 'fase 1': dall'accesso dei fedeli ai luoghi di culto all'interruzione delle celebrazioni da parte della forza pubblica; - **4.** Risvolti critici dell'apparente risoluzione di un contrasto istituzionale.

^{*} Alberto Tomer, Dottorando in Scienze giuridiche *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna Dipartimento di Scienze giuridiche. E-mail: alberto.tomer2@unibo.it

AMBIENTEDIRITTO

1. L'impatto dell'epidemia sulla libertà religiosa: restrizioni legittime o pregiudicanti le tutele fondamentali?

Di fronte all'eccezionale gravità dell'emergenza sanitaria recentemente sperimentata e all'impellente necessità del suo contenimento, la prospettiva di una compressione nel godimento di alcune libertà fondamentali - impensabile in circostanze ordinarie - è stata perlopiù percepita come indispensabile e in quanto tale generalmente tollerata, rivolgendosi pertanto la principale preoccupazione al riguardo alla proporzionalità delle misure in cui essa veniva sostanziandosi. Alcune di queste restrizioni hanno informato la quotidianità di ognuno di noi, in primis in tema di mobilità personale; altre, come quelle legate ai profili della riservatezza, sono divenute oggetto comune tanto del dibattito politico quanto di quello accademico. Tra gli ambiti maggiormente colpiti dai divieti imposti, di particolare rilevanza risulta quello relativo alla libertà di religione e di culto, le misure limitative della quale sono divenute una presenza ricorrente nella normativa emergenziale fin dal principio della lotta all'epidemia¹, giungendo nella cosiddetta 'fase 1' al proprio apice con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 aprile 2020. Facendo seguito al decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020, che all'art. 1, comma 2, aveva previsto la possibilità astratta di stabilire limitazioni anche in questo senso², il d.p.c.m. arrivava infatti ad adottare concretamente le seguenti risoluzioni: «sono sospese le manifestazioni organizzate, gli eventi e gli spettacoli di qualsiasi natura, ivi compresi quelli di carattere culturale, ludico, sportivo, religioso e fieristico, svolti in ogni luogo, sia pubblico sia privato, quali, a titolo d'esempio, grandi eventi, cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati; nei predetti luoghi è sospesa ogni attività; l'apertura dei luoghi di culto è condizionata all'adozione di misure organizzative tali da evitare assembramenti di persone, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche dei luoghi, e tali da garantire ai frequentatori la possibilità di rispettare la distanza tra loro di almeno un metro. Sono sospese le cerimonie civili e religiose, ivi comprese quelle funebri» (art. 1, lett. i). Sebbene scaturite da un'esigenza di sicuro rilievo, non può sfuggire come simili disposizioni si pongano in evidente contrasto con le garanzie assicurate nel nostro ordinamento in materia di libertà religiosa, le modalità della cui tutela sono riconducibili almeno a un triplice ordine di fonti: di rango costituzionale, di natura concordatario-pattizia e di livello sovranazionale.

Su quest'ultimo piano, il riferimento principale è indubbiamente costituito dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), il cui art. 9, par. 2, statuisce che «[l]a libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla pubblica sicurezza, alla protezione

¹ Disposizioni di questo tipo si rinvengono infatti nel d.l. n. 6/2020, art. 1, comma 2, lett. c); nel d.p.c.m. 23 febbraio 2020, art. 1, comma 1, lett. c); nel d.p.c.m. 1 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. c), e art. 2, comma 1, lett. c); nel d.p.c.m. 8 marzo 2020, art. 1, lett. g) e i) (le cui misure, inizialmente di portata locale, sono poi state estese all'intero territorio nazionale con l'art. 1, comma 1, del d.p.c.m. 9 marzo 2020).

² «Ai sensi e per le finalità di cui al comma 1, possono essere adottate, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, una o più tra le seguenti misure: [...] g) limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso; h) sospensione delle cerimonie civili e religiose, limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto» (corsivi nostri).

dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». Già dalla lettura di tale prescrizione, emergono con evidenza alcune condizioni il cui rispetto è richiesto in via inderogabile per la legittimità delle restrizioni che si intende imporre alla libertà religiosa: prima tra tutte il ricorso a una legge formale, risultando perciò preclusa – per converso – la possibilità che esse siano introdotte attraverso provvedimenti amministrativi o governativi. Anche dal punto di vista sostanziale, tuttavia, il testo indica con sufficiente chiarezza come la presenza di una delle ragioni tassativamente elencate (corrispondente quindi, nel caso di specie, all'obiettivo di preservare la salute pubblica) non sia di per sé sola sufficiente a giustificare l'adozione di qualsiasi tipo di limitazioni, le quali devono invece rappresentare delle «misure necessarie» – e non semplicemente 'utili' o 'desiderabili' –, nonché soddisfare i parametri propri di «una società democratica»³. La puntuale

³ In merito all'art. 9, par. 2, CEDU, cfr. S. LARICCIA, Sub art. 9, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDAM, Padova, 2001, pp. 319-336; B. CONFORTI, La tutela internazionale della libertà religiosa, in M. TEDESCHI (a cura di), La libertà religiosa, I, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, pp. 59-76; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief: The European Convention on Human Rights, in Global Jurist, III (2003), n. 2, pp. 1-40; ID., Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights, in Emory International Law Review, XIX (2005), n. 2, pp. 587-636; ID., La (non) protezione dell'identità religiosa dell'individuo nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in R. MAZZOLA (a cura di), Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 55-86; ID., Manifestations of Religion or Belief in the Case Law of the European Court of Human Rights, in Religion & Human Rights, XII (2017), n. 2-3, pp. 112-127; N. GIMELLI, Libertà di religione tra Carta europea dei diritti fondamentali e Costituzione italiana, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 273-386; J.P. SCHOUPPE, L'emergence de la liberté de religion devant la Cour Européenne des droits de l'homme (1993-2003), in Ius Ecclesiae, XVI (2004), n. 3, pp. 741-770; ID., Libertà di religione, multiculturalismo e laicità dello Stato, in P. GIANNITI (a cura di), I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, Zanichelli - Il foro italiano, Bologna - Roma, 2013, pp. 855-904; ID., La dimension institutionelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme; Pedone, Paris, 2015; A. GARDINO, La libertà di pensiero, di coscienza e di religione nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, in G. ROLLA (a cura di), Libertà religiosa e laicità. Profili di diritto costituzionale, Jovene, Napoli, 2009, pp. 3-38; D. LOPRIENO, La libertà religiosa, Giuffré, Milano, 2009, pp. 159-260; C. MIGNONE, La libertà di religione nella giurisprudenza di Strasburgo, pluralità di modelli di regolazione del conflitto religioso. Concorso di valori e conflitto tra sovranità, in L. RUGGERI (a cura di), Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 87-130; J. PASQUALI CERIOLI, La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 1/2011, pp. 1-14; S. FERRARI, La Corte di Strasburgo e l'articolo 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza, in R. MAZZOLA (a cura di), Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa, cit., pp. 27-54; A. GUAZZAROTTI, Sub art. 9, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, CEDAM, Padova, 2012, pp. 370-396; G. BARBERINI, M. CANONICO, Diritto ecclesiastico, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 61-69; A. BETTETINI, La dimensione individuale della libertà di religione, in P. GIANNITI (a cura di), La CEDU e il ruolo delle Corti, Zanichelli, Bologna, 2015, pp. 1031-1059; F. FINOCCHIARO, Diritto ecclesiastico, XII ed. a cura di A. BETTETINI, G. LO CASTRO, Zanichelli, Torino, 2015, pp. 153-154; I. PISTOLESI, La libertà di pensiero, di coscienza e di religione, in G. CASUSCELLI (a cura di), Nozioni di diritto ecclesiastico, V ed., Giappichelli, Torino, 2015, pp. 135-147; G. D'ANGELO, La libertà di religione (art. 9 CEDU), in A. DI STASI (a cura di), CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015), Wolters Kluwer - CEDAM, Assago - Padova, 2016, pp. 853-882; D. DURISOTTO, Istituzioni europee e libertà religiosa. CEDU e UE tra processi di integrazione europea e rispetto delle specificità nazionali, Edizioni Scientifiche Italiane,

interpretazione di tali requisiti, in particolare, è affidata alla stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la cui copiosa giurisprudenza sul punto è stata opportunamente sintetizzata dalla Direzione del Giureconsulto nell'apposita Guida sull'articolo 9⁴, che al n. 43 precisa come le disposizioni restrittive assunte a livello nazionale possano essere considerate ammissibili solo nel caso in cui si rivelino giustificate in linea di principio e proporzionate allo scopo legittimo perseguito: è richiesta, in altre parole, l'assenza di qualsiasi altro mezzo che permetta di conseguire il medesimo risultato interferendo in maniera meno grave con il diritto fondamentale in questione. Date le circostanze attinenti alle origini e agli sviluppi della normativa in esame, vale inoltre la pena di notare come la stessa Guida, pur riconoscendo che «[t]he national authorities are, in principle, better placed than an international court to evaluate local needs and conditions» (n. 44), d'altro canto sottolinei pure che nell'esprimere il proprio giudizio circa il soddisfacimento dei presupposti descritti «a domestic court cannot absolve itself of its obligations by merely endorsing an expert report; all legal matters must be resolved exclusively by the courts» (n. 43): un'affermazione che – sebbene rivolta a un momento successivo a quello della produzione legislativa, di cui ci stiamo occupando – rievoca quella imprescindibile autonomia tra i diversi ambiti del sapere che in questa delicata fase è sembrata talvolta appannarsi, a discapito (anche) dell'indipendenza dell'elemento giuridico.

Un approccio ancora più stringente rispetto a quello appena illustrato si riscontra tuttavia nell'art. 19 della nostra Carta costituzionale, disposizione in base alla quale «[t]utti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume» e che determina perciò l'applicazione della cosiddetta riserva delle disposizioni più favorevoli nei confronti del citato art. 9, par. 2, CEDU. Una simile attenzione non dovrebbe peraltro stupire, se si considera che la libertà religiosa è stata definita come «quella primordiale e precipua fra tutte le libertà dell'uomo moderno»⁵: un «primato storico, cui corrisponde un primato quantitativo e qualitativo della speculazione su di essa»⁶, nell'ambito della quale è stato possibile individuare tra le caratteristiche essenziali di tale diritto – di cui l'art. 19 Cost. rappresenta non un riconoscimento esclusivo e in se stesso esaustivo,

Napoli, 2016; A. GIUDICI, S. LONGO, Libertà di pensiero, di coscienza e di religione, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), Corte di Strasburgo e giustizia penale, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 280-289; P. ANNICCHINO, La religione in giudizio. Tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo, il Mulino, Bologna, 2018; M. TOSCANO, Il fattore religioso nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Itinerari giurisprudenziali, ETS, Pisa, 2018; C. CARDIA, Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana, V ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 133-138; G. DALLA TORRE, Lezioni di diritto ecclesiastico, VI ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 120-122; E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, Diritto ecclesiastico. Manuale breve, XIV ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 56-59.

⁴ La versione più recente della Guida, a cui facciamo perciò riferimento in questa sede, è quella in lingua inglese (aggiornata al 30 aprile 2020), consultabile sul sito internet della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al seguente indirizzo: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide Art 9 ENG.pdf.

⁵ F. RUFFINI, Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo, Fratelli Bocca, Torino, 1924, p. 4; che in modo ancora più indicativo dichiarava inoltre a p. X: «Difatti, è dal duro nócciolo primitivo della libertà di religione che tutta la teoria dei diritti di libertà si venne poi faticosamente enucleando, poiché quello della inviolabilità della propria coscienza fu il primo e per un pezzo il solo diritto che l'individuo abbia accampato di fronte allo Stato». Al riguardo, si veda anche F. TESSITORE, Note su Francesco Ruffini e la sua interpretazione della libertà di religione, in M. TEDESCHI (a cura di), La libertà religiosa, cit., pp. 31-43.

⁶ G. DALLA TORRE, Lezioni di diritto ecclesiastico, cit., p. 41.

bensì più propriamente il fulcro di un «sistema, al quale sono da collegare anche quelle altre norme costituzionali che o riguardano un settore comune con il diritto di libertà religiosa, quale è il diritto di manifestare il proprio pensiero (art. 21 Cost.), o garantiscono diritti di libertà che possono essere utilizzati strumentalmente per l'esercizio della libertà religiosa»⁷ – quelle dell'inviolabilità, dell'indisponibilità, dell'intrasmissibilità e dell'imprescrittibilità, nonché la sua qualità di 'diritto pubblico soggettivo', che di conseguenza può essere azionato nei confronti dei pubblici poteri. In questo senso, è perciò «indubitabile che alla libertà religiosa corrispondono divieti ed obblighi a carico dello Stato, la cui violazione è causa di invalidità delle leggi e degli altri provvedimenti pubblici e la cui osservanza è al contrario condizione di legittimità dell'esercizio dei pubblici poteri»⁸. A questo riguardo va chiarito come tale impianto,

⁷ F. FINOCCHIARO, op. cit., p. 106. Nello stesso senso S. FIORENTINO, La libertà di religione e di convinzioni (art. 19), in G. CASUSCELLI (a cura di), Nozioni di diritto ecclesiastico, cit., p. 107: «In virtù del necessario combinarsi delle norme costituzionali che danno corpo al sistema democratico delle libertà, tutti i diritti garantiti (di riunione, di associazione, di libera manifestazione del pensiero, di insegnamento, di circolazione e soggiorno, ecc.) possono essere esercitati in funzione della libertà religiosa. L'interpretazione sistematica dell'art. 19 Cost., inoltre, deve tenere conto della sua collocazione nel microsistema delle norme costituzionali che tutelano il fenomeno religioso in via diretta (artt. 2, 3, 7, 8, 29 Cost.), o indiretta».

⁸ E. VITALI, A.G. CHIZZONITI, op. cit., p. 59. In merito al significato e alla tutela della libertà religiosa nel nostro ordinamento costituzionale, si vedano inoltre M. PIACENTINI, La libertà religiosa secondo le norme della vigente costituzione, in Studi in onore di Ernesto Eula, III, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 285-300; A. RAVÀ, Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella Costituzione italiana, Giuffrè, Milano, 1959; P.A. D'AVACK, Libertà religiosa (diritto ecclesiastico), in Enciclopedia del diritto, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 595-607; S. LARICCIA, Lezioni di diritto ecclesiastico. I principi costituzionali, CEDAM, Padova, 1974; ID., Costituzione e fenomeno religioso, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 3/2015, pp. 1-25; R. BACCARI, L'esercizio concreto della libertà religiosa nella Costituzione italiana, in F. BIFFI (a cura di), I diritti fondamentali della persona umana e la libertà religiosa, Libreria Editrice Vaticana - Libreria Editrice Lateranense, Città del Vaticano - Roma, 1985, pp. 507-512; L. SPINELLI, Nuove dimensioni del diritto di libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale, in Il diritto ecclesiastico, XCVIII (1987), n. 3-4, pp. 1062-1073; P. DI MARZIO, Configurazione positiva del diritto di libertà religiosa nella Costituzione italiana, in Il diritto ecclesiastico, CVII (1996), n. 2, pp. 430-451; C. CARDIA, Libertà di religione, in Enciclopedia del diritto, agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 914-936; ID., Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana, cit., pp. 115-127, 261-266; C. MIRABELLI, La libertà religiosa nella giurisprudenza costituzionale, in M. TEDESCHI (a cura di), La libertà religiosa, cit., pp. 45-57; G. DALLA TORRE, Il fattore religioso nella Costituzione. Analisi e interpretazioni, II ed., Giappichelli, Torino, 2003; ID., Libertà religiosa e Costituzione italiana, in F. D'AGOSTINO, P.A. AMODIO (a cura di), Le libertà di religione e di culto. Contenuto e limiti, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 29-59; ID., Libertà di coscienza e di religione, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 3/2008, pp. 1-20; ID., Lezioni di diritto ecclesiastico, cit., pp. 41-70, 99-102; A.M. PUNZI NICOLÒ, La libertà religiosa individuale e collettiva nelle sentenze della Corte costituzionale, in R. BOTTA (a cura di), Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 305-322; F. SGUBBI, Religione e diritto penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale (articoli 8 e 19 Cost.), in G. VASSALLI (a cura di), Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, pp. 203-210; G. LEZIROLI, Libertà religiosa e Costituzione, in Il diritto ecclesiastico, CXVIII (2007), n. 1-2, pp. 117-121; S. TROILO, La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano, in Anales de derecho, XXVI (2008), n. 1, pp. 333-404; D. LOPRIENO, op. cit., pp. 69-158; R. ASTORRI, La libertà religiosa tra Costituzione e Statuti regionali, in Il diritto ecclesiastico, CXXI (2010), n. 3-4, pp. 551-567; M. CROCE, La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano, ETS, Pisa, 2012; V. PACILLO, Buon costume e libertà religiosa. Contributo all'interpretazione dell'art. 19 della Costituzione italiana, Giuffrè, Milano, 2012; G. BARBERINI, M. CANONICO, op. cit., pp. 38-51, 99-121; F. FINOCCHIARO, op. cit., pp. 106-130; L. MUSSELLI, C.B. CEFFA, Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale, II ed., Giappichelli, Torino, 2017; L. BRUNETTI, Libertà religiosa e ordine pubblico. Tra bilanciamento e prevalenza, Persiani, Bologna, 2019; I. ZUANAZZI, Il diritto di libertà religiosa tra ordinamento canonico e ordinamento

che ha indubbiamente subito la pressione della recente crisi, non ne sia tuttavia stato travolto, non potendosi cioè considerare le garanzie costituzionali aprioristicamente sospese in forza dell'emergenza sanitaria. L'importanza di tale assunto è peraltro dimostrata anche dallo spazio che lo stesso Presidente della Corte costituzionale gli ha dedicato nelle riflessioni formulate in occasione della Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, pubblicata il 28 aprile 20209 – quando perciò la normativa dettata in risposta all'epidemia aveva già avuto modo di dispiegare tutti i propri effetti -. Al par. 6, appositamente dedicato alle contingenze attuali, il documento si sofferma in particolare su due elementi essenziali: il primo consistente nella «scelta consapevole» del Costituente italiano di non introdurre un diritto speciale per gli stati di emergenza, decisione che differenzia il nostro ordinamento da altre esperienze giuridiche – tra le quali la Relazione richiama a titolo di esempio quella francese, quella spagnola e quella ungherese – e da cui consegue che «[n]ella Carta costituzionale non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri»; il secondo relativo invece all'assenza di una 'gerarchia' di diritti costituzionali, l'esigenza di tutelare uno dei quali – sia anche quello alla salute – non può quindi essere invocata per legittimare la compressione di qualsiasi altra libertà fondamentale indipendentemente dalle circostanze concrete del caso. Al contrario, è infatti indispensabile che tali diritti siano fatti volta per volta oggetto di un delicato bilanciamento, da effettuarsi «senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela "sistemica e non frazionata" dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti». È in questa prospettiva, quindi, che la Costituzione stessa viene definita come «la bussola che consente di navigare "per l'alto mare aperto" dell'emergenza e del dopo-emergenza che ci attende».

Com'è noto, è ancora una volta all'interno della cornice costituzionale che si rinviene il principale riferimento all'ultimo 'grado' di tutela menzionato, cioè alla fonte pattizia, la quale tuttavia non si esaurisce in essa. In particolare, per quanto riguarda le relazioni tra Repubblica italiana e Chiesa cattolica – sulle quali concentreremo la nostra attenzione in quanto foriere delle implicazioni giuridiche di maggior interesse anche in merito agli sviluppi della normativa di emergenza in esame – è l'art. 7, comma 2, Cost. a menzionare espressamente il ruolo dei Patti lateranensi, operando così un rinvio sul cui significato ci limitiamo a richiamare la sintesi offerta dalla Corte costituzionale con la celebre sentenza n. 30 del 1º marzo 1970, nella quale si osservava come «questo articolo non sancisce solo un generico principio pattizio da valere nella disciplina dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica, ma contiene altresì un preciso riferimento al Concordato in vigore e, in relazione al contenuto di questo, ha prodotto diritto». Il principio cardine che informa le relazioni tra le due istituzioni è in ogni caso quello enunciato al primo comma del medesimo art. 7 Cost. e all'art. 1 dello stesso Accordo di revisione del Concordato del 1984, i quali affermano con identica formulazione che «lo

costituzionale italiano, in P. CONSORTI (a cura di), Costituzione, religione e cambiamenti nel diritto e nella società, Pisa University Press, Pisa, 2019, pp. 129-172.

⁹ Cfr. M. CARTABIA, Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, 28 aprile 2020 (consultabile sul sito internet della Corte costituzionale al seguente indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf).

AMBIENTEDIRITTO	

Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani» ¹⁰. Il Concordato – che, lo ricordiamo, è un trattato internazionale a tutti gli effetti, vincolante in quanto tale per le Parti – va tuttavia oltre, statuendo all'art. 2, par. 1, che «[l]a Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione. In particolare è assicurata alla Chiesa la libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale nonché della giurisdizione in materia ecclesiastica»: una dichiarazione che, peraltro, non può che riportare alla mente il dettato dei cann. 834 e 838 del *Codex Iuris Canonici* del 1983, i quali ricordano come la Chiesa adempia la funzione di santificare in modo peculiare mediante la sacra liturgia, la cui regolazione dipende unicamente dall'autorità della Chiesa stessa e, nei limiti della propria competenza con riferimento alla Chiesa particolare che gli è affidata, al Vescovo diocesano¹¹.

2. Le disposizioni di emergenza tra principio di proporzionalità e strumento pattizio.

Tenuto conto delle garanzie illustrate, gli aspetti problematici che emergono dalle restrizioni in esame sono perciò molteplici, a partire dall'atto con cui esse sono state adottate, consistente in un mero provvedimento amministrativo. Non migliore risulta la loro formulazione, riguardo alla quale risalta in primo luogo l'inadeguato inserimento del fenomeno religioso tra le attività «di carattere culturale, ludico, sportivo [...] e fieristico» e la conseguente parificazione dei luoghi di culto a «cinema, teatri, pub, scuole di ballo, sale giochi, sale scommesse e sale bingo, discoteche e locali assimilati»: una collocazione che, lungi dal rappresentare una semplice 'caduta di stile' nella

¹⁰ Per approfondimenti su questi temi, cfr. O. GIACCHI, Posizione della Chiesa cattolica e sistema concordatario, in Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 773-792; ID., Chiesa cattolica e sistema concordatario, in Studi in onore di Giuseppe Chiarelli, II, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 1193-1211; O. FUMAGALLI CARULLI, Società civile e società religiosa di fronte al Concordato, Vita e Pensiero, Milano, 1980; ID., Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede: profili di libertà, in R. COPPOLA (a cura di), Il nuovo Accordo tra Italia e Santa Sede, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 113-133; ID., "A Cesare ciò che è di Cesare, a Dio ciò che è di Dio". Laicità dello Stato e libertà delle Chiese, Vita e Pensiero, Milano, 2006; ID., Il Concordato lateranense: libertà della Chiesa e dei cattolici, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 4/2009, pp. 1-17; ID., Lo Stato italiano e la Chiesa Cattolica: indipendenza, sovranità e reciproca collaborazione (a proposito dell'art. 1 Accordo di revisione concordataria), in Chiesa e Stato in Italia. Nuovi studi di diritto ecclesiastico, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2015, pp. 9-26; P. FEDELE, I rapporti fra lo Stato e la Chiesa e il Concordato lateranense, in Il diritto ecclesiastico, CV (1994), n. 1, pp. 49-63; G. DALLA TORRE, La «filosofia» di un Concordato, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, XXII (2004), n. 1, pp. 81-91; ID., La revisione del Concordato lateranense: una vicenda lunga quarant'anni, in Iustitia, LVII (2004), n. 2-3, pp. 145-170; ID., A vent'anni dall'Accordo di Villa Madama. Problemi ancora aperti e problemi nuovi, in L. IANNACCONE (a cura di), Il Codice di Diritto Canonico e il nuovo Concordato vent'anni dopo, Minerva, Bologna, 2006, pp. 271-299; ID., I cattolici italiani e la riforma concordataria del 1984, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 21/2015, pp. 1-18; G. GÄNSWEIN, I rapporti tra Stato e Chiesa in Italia. La "libertas Ecclesiae" nel concordato del 1929 e nell'accordo del 1984, in Ius Ecclesiae, XXIII (2011), n. 1, pp. 135-146; C. CARDIA, Novanta anni dai Patti Lateranensi, in Ephemerides Iuris Canonici, LIX (2019), n. 2, pp. 421-444. ¹¹ Al pari di quanto avvenuto negli ordinamenti secolari, lo stato di emergenza sanitaria ha posto anche per il diritto canonico delle questioni fondamentali che, pur non essendo oggetto della presente disamina, non possono essere sottovalutate: sul punto rinviamo perciò a G. BONI, Il fondamentale diritto dei fedeli ai sacramenti, 7 maggio 2020, pubblicato sul sito internet del Centro Studi Rosario Livatino e consultabile al seguente indirizzo: https://www.centrostudilivatino.it/il-fondamentale-diritto-dei-fedeli-ai-sacramenti/.

redazione legislativa, alla luce dei contenuti delle misure predisposte appare piuttosto come un indice particolarmente eloquente della *ratio* sottesa alla loro produzione, che si pone quindi in netta contrapposizione con l'ovvio assunto per cui «i riti religiosi non sono uno spettacolo o una manifestazione che siano offerti al pubblico [...], ma sono estrinsecazioni dell'associarsi dei fedeli nel culto della divinità»¹².

Un'attestazione dell'incongruenza delle limitazioni si rinviene, ad esempio, già nella previsione secondo cui ai fedeli è permesso recarsi nei luoghi di culto per la preghiera personale, nel rispetto di tutte le precauzioni utili a prevenire il contagio, ma è al contempo vietato loro in modo assoluto di rimanere nei medesimi spazi e alle stesse condizioni di sicurezza – indipendentemente, anzi, dall'adozione di cautele ulteriori per quei momenti che implicassero esigenze diverse, come poi è difatti avvenuto – per partecipare a una 'cerimonia religiosa'. Vale la pena di notare, al riguardo, come la stessa Organizzazione Mondiale della Sanità, sulla base delle cui raccomandazioni le autorità nazionali hanno più volte affermato di essersi orientate, pur esprimendo una generica preferenza per lo svolgimento delle funzioni a distanza, non aveva indicato tale modalità come esclusiva e indispensabile se non quando le circostanze concrete avessero reso impossibile l'osservanza delle opportune misure preventive, consigliando al contrario alle autorità religiose - in un apposito documento dal titolo Practical considerations and recommendations for religious leaders and faith-based communities in the context of COVID-19, pubblicato il 7 aprile 2020 – di continuare a svolgere i propri riti all'aperto o comunque in locali areati, assicurandosi del rispetto delle misure di sicurezza tra i fedeli e prendendo anzi in considerazione l'ipotesi di programmare un maggior numero di celebrazioni, così da 'diluire' la quantità di partecipanti¹³.

Ancora più numerose sono poi le occasioni in cui si è rivelata l'ingiustificata disparità tra il trattamento a cui sono state sottoposte le funzioni religiose e quello accordato invece ad attività di carattere diverso. Se infatti il d.p.c.m. del 10 aprile da un lato ha stabilito la sospensione di un'ampia platea di servizi giudicati 'non essenziali', dall'altro ha individuato esplicitamente un certo numero di esercizi a cui è stata concessa la facoltà di rimanere aperti nel rispetto delle misure di prevenzione: tra questi, non solo la maggior parte non presenta certo un rischio di contagio minore rispetto alla riunione dei fedeli in un luogo di culto con le medesime cautele, ma alcuni risultano anche evidentemente privi di una copertura costituzionale paragonabile a quella descritta sopra, qual è il caso – a mero titolo di esempio – delle edicole e dei tabaccai (art. 1, lett. z), nonché del «commercio al dettaglio di libri», del «commercio al dettaglio di articoli di profumeria» o del «commercio al dettaglio di piccoli animali domestici» (allegato 1 al d.p.c.m.). È inoltre da segnalare come in alcune occasioni, nonostante la lettera del decreto disponesse la sospensione delle 'cerimonie' non solo religiose ma anche civili, l'approccio adottato pure in merito a ricorrenze di quest'ultimo tipo sia risultato talvolta più permissivo rispetto a quello intransigentemente riservato alle prime¹⁴.

¹² F. FINOCCHIARO, op. cit., p. 159.

¹³ Il documento è consultabile sul sito internet dell'Organizzazione Mondiale della Sanità al seguente indirizzo: https://www.who.int/publications/i/item/practical-considerations-and-recommendations-for-religious-leaders-and-faith-based-communities-in-the-context-of-covid-19.

¹⁴ È il caso della nota del Ministero dell'Interno Emergenza Covid-19. Celebrazioni del 25 aprile 2020 – 75° anniversario della Festa della Liberazione del 22 aprile 2020 (consultabile al seguente indirizzo internet: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/circolare_festa_liberazione_2020.pdf), che dichiarava «consentite forme di celebrazione della tradizionale cerimonia di deposizione di corone, innanzi a lapidi o monumenti ai Caduti, che prevedano, oltre alla presenza dell'Autorità deponente, la partecipazione anche delle Associazioni partigiane e

AMBIENTEDIRITTO

Ciò che tuttavia appare più grave è l'aperta violazione dell'impegno concordatario, costituendo le disposizioni in esame una chiara intrusione in quella «libertà di organizzazione, di pubblico esercizio del culto, di esercizio del magistero e del ministero spirituale» assicurata in via esclusiva alla Chiesa dal già menzionato art. 2 del Concordato. Tale interferenza appare ancora più manifesta se si considera che in casi simili è l'Accordo stesso a indicare la via da seguire, rappresentata non certo dalla sospensione del principio pattizio – come invece sembra essere avvenuto in questa fase -, bensì dalla sua piena attuazione. Rivolgendosi all'eventuale insorgere di «[u]lteriori materie per le quali si manifesti l'esigenza di collaborazione tra la Chiesa cattolica e lo Stato» o di «difficoltà di interpretazione o di applicazione delle disposizioni precedenti» - definizioni che chiaramente si prestano a ricomprendere anche le conseguenze della recente situazione di emergenza, che possono essere alternativamente inserite nell'una o nell'altra categoria in base all'interpretazione loro attribuita –, l'art. 13, par. 2, e l'art. 14 del Concordato prevedono infatti che la loro regolazione debba essere rispettivamente affidata a «nuovi accordi tra le due Parti sia con intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza Episcopale Italiana» o alla «ricerca di un'amichevole soluzione [da parte di] una Commissione paritetica da loro nominata»: nessuna delle due soluzioni è tuttavia stata perseguita, preferendosi invece stabilire in via unilaterale, da parte statale, la sospensione delle celebrazioni liturgiche con il popolo.

Un ulteriore profilo problematico si può infine riconoscere guardando alla medesima dimensione pattizia in una prospettiva più ampia, che tenga conto del significato che essa assume nei rapporti intrattenuti con le differenti confessioni religiose, ognuna delle quali risulta portatrice di un patrimonio di elementi teologici, dogmatici e liturgici che lo Stato non può conoscere e nel quale, in forza dello stesso principio di laicità, non può entrare: appiattire esperienze che rivestono un valore così diverso per ciascuna comunità di appartenenza in una comune negazione della libertà religiosa significa perciò contraddire il significato stesso dello strumento bilaterale, che richiederebbe invece di adattare alle singole peculiarità le risposte alle esigenze concrete – anche e soprattutto in un momento eccezionale come quello presente – proprio grazie al coinvolgimento dei loro destinatari¹⁵.

combattentistiche, con modalità di distanziamento interpersonale compatibili con la situazione emergenziale»; nonché della nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri della stessa data (http://www.governo.it/it/articolo/celebrazioni-del-25-aprile-nota-della-presidenza-del-consiglio/14505), emanata allo specifico scopo di precisare una precedente comunicazione sul medesimo tema, sottolineando che «la circolare inviata dalla Presidenza del Consiglio [il 17 aprile] non esclude in alcun modo l'Anpi dalle celebrazioni del 25 aprile. [...] Le associazioni partigiane e combattentistiche potranno quindi partecipare alle celebrazioni per il 75° anniversario della Liberazione, naturalmente in forme compatibili con l'attuale situazione di emergenza».

¹⁵ V. PACILLO, La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 8/2020, pp. 87-88: «In questa prospettiva, prendere sul serio la bilateralità significa che, prima di sospendere le celebrazioni religiose tout court occorrerebbe verificare quali sono le cerimonie che vengono concretamente celebrate da un determinato gruppo confessionale alla luce di quanto è ricompreso nel proprio bagaglio teologico e giuridico, quali di queste potrebbero essere svolte nel rispetto del distanziamento sociale e quali tra queste ultime rivestano una tale importanza per il gruppo da non poter essere cancellate senza che questo crei un vulnus allo stesso diritto di libertà religiosa talmente grave da ripercuotersi in foro interno. Lo Stato laico non conosce e non può conoscere tali informazioni senza un'interlocuzione con i gruppi religiosi: per cui, senza una vera interlocuzione con i gruppi religiosi, la vera geometria variabile non si ha nella tutela del diritto alla salute, quanto piuttosto – alla luce degli interventi unilaterali del Governo – nella tutela della libertà religiosa. Invece il Governo ha preferito una notte in cui tutte le vacche sono nere, in cui sono stati cancellati con un tratto di penna una serie di riti che hanno un valore teologico diverso, che producono diverse conseguenze sul rapporto che esiste tra il fedele e la propria coscienza religiosa, senza porsi il minimo problema di un

AMBIENTEDIRITTO	

3. I punti di rottura della 'fase 1': dall'accesso dei fedeli ai luoghi di culto all'interruzione delle celebrazioni da parte della forza pubblica.

Le numerose criticità poste dai provvedimenti in esame – non certo accidentali, bensì inevitabile frutto del problematico assunto da cui sono scaturite – manifestano con sufficiente chiarezza il concretizzarsi, sul piano del diritto, di un contrasto tra le due autorità interessate, che in questa prima fase non si è però tradotto apertamente in uno scontro istituzionale solo grazie all'adesione spontanea dei Vescovi alle medesime modalità di prevenzione descritte: un'indicazione particolarmente efficace di tale approccio si rinviene ad esempio nel comunicato diffuso dalla Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana (CEI) il 12 marzo 2020, nel quale viene precisato come simili restrizioni siano state adottate da parte ecclesiastica «non perché lo Stato ce lo imponga, ma per un senso di appartenenza alla famiglia umana, esposta a un virus di cui ancora non conosciamo la natura né la propagazione» è è evidente, tuttavia, come questa soluzione di fatto – dichiaratamente ispirata a criteri diversi da quelli meramente normativi – non abbia cancellato il conflitto giuridico di fondo, che non solo è rimasto latente sotto tale superficie, ma è comunque emerso in molteplici espressioni puntuali 17.

Una di queste riguarda l'accesso ai luoghi di culto per la devozione privata, che in base al testo del decreto sarebbe dovuto rimanere pienamente consentito, essendo la loro apertura condizionata alla sola adozione delle opportune cautele. Si comprende, però, come la condotta di un fedele che avesse inteso recarsi in chiesa per esercitare questa sua facoltà si sarebbe trovata a scontrarsi con un altro ostacolo posto dalle disposizioni emergenziali, quello cioè relativo alle limitazioni alla circolazione degli individui sul territorio¹⁸. Come abbiamo già anticipato, infatti, il godimento della libertà

bilanciamento seppure embrionale tra due diritti di libertà».

¹⁶ Il testo del comunicato, dal titolo Una Chiesa di terra e di cielo, è consultabile sul sito internet della CEI al seguente indirizzo: https://www.chiesacattolica.it/una-chiesa-di-terra-e-di-cielo/.

¹⁷ M. CARRER, Salus rei publicae e salus animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del Coronavirus, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, Rivista telematica (www.biodiritto.org), VII (2020), n. 1S, pp. 341, 343: «La mancata nascita di un contrasto non deve essere sopravvalutata. Di fatto, lo Stato è intervenuto in una materia che non gli è propria e, in un sol colpo, ha derogato a norme di livello costituzionale, di livello ordinario rinforzato (quanto a gerarchia delle fonti) e di importanza strutturale (quanto a contenuto). [...] Come si è visto, i comportamenti dei due attori istituzionali coinvolti sono stati compatibili tra loro e non hanno posto problemi, ma si tratta forse di un'eccezione che non può far dimenticare che il vero punto di scontro è nientemeno che la sovranità».

Limitandoci allo stesso d.p.c.m. del 10 aprile, ricordiamo infatti come l'art. 1, lett. a), stabilisse che all'interno del territorio comunale di riferimento «sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e, in ogni caso, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute e resta anche vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza». A questo riguardo, riferendosi alle analoghe disposizioni dettate all'art. 1, lett. a), del d.p.c.m. 8 marzo 2020, M. CARRER, op. cit., p. 341, segnalava che «resta da dimostrare a carico del cittadino eventualmente interessato, anche attraverso lo strumento formale dell'autocertificazione prevista, che un semplice accesso a una chiesa sia dettato da "situazioni di necessità". Onere della prova non facile se, una volta limitato l'esercizio del diritto di cui all'art. 19 Cost., l'unico dovere "sacro" che la Repubblica conosce è quello della difesa (in armi) della Patria (art. 52 Cost.) e considerato anche che il dovere di contribuire al progresso "spirituale" della società è legato a un'attività o una funzione (art. 4 Cost.), quindi parrebbe ricadere nelle esigenze lavorative. Dunque, indipendentemente dalla collaborazione attiva della gerarchia ecclesiastica, la compressione del diritto costituzionale di esercitare il culto è indubbia».

religiosa implica la fruizione degli altri diritti fondamentali, dai quali la prima non può considerarsi slegata: se è vero che «non si può dare piena ed effettiva libertà religiosa, laddove ad esempio siano negate le libertà di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero, e viceversa»19, lo stesso vale ovviamente anche con riferimento alla mobilità personale. Al riguardo, va notato come le normative emergenziali di alcuni altri ordinamenti si siano dimostrate più rispettose di tale principio, premurandosi di garantire la prerogativa in parola: per limitarci a uno degli esempi già richiamati sopra, è questo il caso del decreto ungherese n. 71 del 27 marzo 2020, che nell'elencare i giustificati motivi capaci di rendere esente uno spostamento dalle restrizioni imposte per contrastare l'epidemia menzionava espressamente all'art. 4, comma 1, lett. u), anche la partecipazione del soggetto ad attività religiose 20. Lo stesso non è avvenuto invece nei provvedimenti italiani, che non solo non hanno riservato una pari considerazione al fattore religioso neppure sotto questo aspetto, ma talvolta hanno addirittura espresso orientamenti ancora più restrittivi. Ci riferiamo, in particolare, alla nota emanata dal Ministero dell'Interno il 27 marzo in risposta alle istanze avanzate sul punto dal Sottosegretario della CEI: nonostante la finalità chiarificatrice per la quale erano state elaborate, le indicazioni fornite appaiono infatti anche internamente contraddittorie giacché, dopo avere ribadito l'indiscussa libertà per i fedeli di recarsi in chiesa per la preghiera personale con il solo limite del rispetto delle misure di prevenzione comunemente richieste per lo svolgimento di ogni altra attività, il documento prosegue sottoponendo tale facoltà alla sussistenza – tutt'altro che scontata di un duplice requisito, consistente nella condizione «che l'accesso alla chiesa avvenga solo in occasione di spostamenti determinati da "comprovate esigenze lavorative", ovvero per "situazioni di necessità" e che la chiesa sia situata lungo il percorso, di modo che, in caso di controllo da parte delle Forze di polizia, possa esibirsi la prescritta autocertificazione o rendere dichiarazione in ordine alla sussistenza di tali specifici motivi», finendo così per vanificare il riconoscimento del diritto pacificamente annunciato in apertura²¹.

¹⁹ G. DALLA TORRE, Lezioni di diritto ecclesiastico, cit., p. 18.

²⁰ Il decreto n. 71/2020 è stato pubblicato nel n. 56 del 27 marzo 2020 della Gazzetta ufficiale ungherese.

²¹ La nota, prodotta dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale degli affari dei culti e avente ad oggetto Quesiti in ordine alle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Esigenze determinate dall'esercizio del diritto alla libertà di culto è consultabile sul sito internet del Ministero dell'Interno al seguente indirizzo: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/specifiche-chiese.pdf. Il documento è stato peraltro oggetto di commento anche da parte di V. PACILLO, La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche, cit., p. 92: «certo, le chiese sono aperte: peccato che per arrivarci sia necessario uscire per lavoro, per andare ad acquistare le sigarette, i giornali o a fare la spesa, perché la nota 27 marzo 2020 del Ministero dell'interno non ritiene che recarsi presso un luogo di culto senza motivazioni ulteriori possa costituire un comportamento lecito». In merito alle altre indicazioni formulate nella nota, rinviamo a quanto osservato da S. NITOGLIA, Covid-19 e libertà religiosa, in L-JUS, Rivista telematica (www.l-jus.it), III (2020), n. 1, pp. 58-59: «Vi è stata, poi, la circolare del 27 marzo 2020 del Dipartimento per le libertà civili e dell'immigrazione del Ministero dell'Interno (c.d. circolare Di Bari, dal nome del prefetto che l'ha emanata, capo del predetto Dipartimento), con la quale si stabiliva che non rientravano nel divieto normativo "le celebrazioni liturgiche senza il concorso dei fedeli e limitate ai soli celebranti ed agli accoliti necessari per l'officiatura del rito", e per la Settimana Santa si precisavano addirittura dettagliatamente il numero e le funzioni dei partecipanti "limitato ai celebranti, al diacono, al lettore, all'organista, al cantore ed agli operatori per la trasmissione". In questo caso, con un atto amministrativo di un'articolazione secondaria dello Stato si è stabilito quello che si poteva fare all'interno delle Chiese e chi lo poteva fare. In pratica, si è trattato di una intromissione nelle funzioni e attività liturgiche, riservate esclusivamente alle gerarchie ecclesiastiche».

Un ulteriore elemento di difficoltà è inoltre rappresentato dai casi, divenuti relativamente frequenti, in cui rappresentanti della forza pubblica hanno fatto ingresso in chiesa interrompendo le celebrazioni in corso per allontanare sparuti gruppi di fedeli riunitisi nonostante i divieti²². La tutela accordata dal nostro ordinamento a funzioni, cerimonie e pratiche religiose, com'è noto, è testimoniata dall'art. 405 c.p., che punisce con la reclusione chiunque ne turbi lo svolgimento: la specifica gravità di tali irruzioni si rivela tuttavia alla luce del dettato dell'art. 5, par. 2, del Concordato, il quale stabilisce che «[s]alvo i casi di urgente necessità, la forza pubblica non potrà entrare, per l'esercizio delle sue funzioni, negli edifici aperti al culto, senza averne dato previo avviso all'autorità ecclesiastica». Di fronte a questa previsione, l'unico fattore a cui sembra possibile appellarsi per giustificare simili comportamenti evidentemente nella pretesa sussistenza di un caso di «urgente necessità», concetto di cui è perciò necessario comprendere la reale portata. Come osservato in dottrina²³, stante la perfetta identità riscontrabile tra il testo dell'Accordo del 1984 e quello dell'art. 9, par. 3, del Concordato del 1929, nonché la sua piena corrispondenza con i principi oggi vigenti nel nostro ordinamento, deve ritenersi tuttora valida ancora l'interpretazione offerta dalla circolare appositamente emanata dal Ministero della Giustizia il 20 luglio 1929, che su questo specifico punto precisava che «[t]ale espressione deve essere intesa in senso veramente eccezionale, tenendo in considerazione le varie circostanze inerenti allo scopo che la forza pubblica si prefigge

²² Diversi casi di questo genere sono stati riportati dalle cronache locali e dai media nazionali, talvolta accompagnati anche dalle riprese video di quanto accaduto poiché le celebrazioni interrotte erano state trasmesse in diretta per permettere una forma di partecipazione, seppur virtuale, ai fedeli dalle proprie case. Tra questi, l'episodio ad avere ottenuto maggiore risonanza è stato indubbiamente quello avvenuto a Soncino (https://www.lanuovabq.it/it/cosi-ho-detto-basta-e-ho-cacciato-gli-agenti-che-hanno-profanato-la-chiesa), che suscitato anche le reazioni di alcuni esponenti della Curia romana, quali il Prefetto della Congregazione per le Cause (https://www.interris.it/news/cardinal-becciu-nessuna-autorita-puo-interrompere-una-messa/) l'Elemosiniere di Sua Santità (https://www.lanuovabq.it/it/una-telefonata-di-solidarieta-dallelemosiniere-del-papa). Degni di nota, ex multis, anche quelli registrati il 5 aprile a Frascati, dove la Messa era celebrata dallo stesso (http://www.metamagazine.it/frascati-il-vescovo-martinelli-sui-fatti-della-domenica-dellepalme/), e il 15 marzo a Cerveteri, dove i fedeli di cui si contestava la presenza non si sarebbero trovati neppure all'interno della chiesa, ma sul sagrato (https://www.lanuovabq.it/it/adesso-e-troppo-la-polizia-interrompe-lamessa), nonché quello che ha avuto luogo a Rivarolo Canavese in occasione della solennità annuale della Pasqua -12 aprile 2020 -, descritto e commentato da M. RONCO, Cerimonie religiose: un caso sconcertante di vessazione amministrativa, 10 giugno 2020, pubblicato sul sito internet del Centro Studi Rosario Livatino (https://www.centrostudilivatino.it/cerimonie-religiose-un-caso-sconcertante-di-vessazione-amministrativa/). ²³ Cfr. D. ARRU, L'ingresso della forza pubblica negli edifici di culto, in Il diritto ecclesiastico, CVI (1995), n. 3, p. 355. Riguardo alla disposizione di cui all'art. 5, par. 2, del Concordato si vedano anche V. TOZZI, Edifici di culto e legislazione urbanistica, in Digesto delle discipline pubblicistiche, IV ed., V, UTET, Torino, 1990, pp. 389-390; ID., Gli edifici di culto nel sistema giuridico italiano, EDISUD, Salerno, 1990, pp. 198-204; C. CARDIA, La condizione giuridica, in D. PERSANO (a cura di), Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose, Vita e Pensiero, Milano, 2008, pp. 18-22; ID., Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana, cit., pp. 152-153; P. CLEMENTI, L. SIMONELLI (a cura di), La gestione e l'amministrazione della parrocchia, EDB, Bologna, 2008, pp. 51-52; A. BUCCI, Brevi note sul vincolo della destinazione all'uso degli edifici di culto in Italia, in Caietele Institutului Catolic, VIII (2009), n. 2, pp. 111-136; A. BETTETINI, La condizione giuridica dei luoghi di culto tra autoreferenzialità e principio di effettività, in Quaderni di diritto e politica ecclesiastica, XXVIII (2010), n. 1, pp. 7-13; ID., Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831, II ed., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 164-168; M. TEDESCHI, Manuale di diritto ecclesiastico, V ed., Giappichelli, Torino, 2010, pp. 278-284; G. BARBERINI, M. CANONICO, op. cit., pp. 314-317; F. FINOCCHIARO, op. cit., pp. 368-370; L. MUSSELLI, Diritto e religione in Italia ed in Europa. Dai Concordati alla problematica islamica, II ed. a cura di M. MADONNA, A. TIRA, C.E. VARALDA, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 70-72; G. DALLA TORRE, Lezioni di diritto ecclesiastico, cit., pp. 235-236, 245-247.

ed in caso di arresto, la gravità o meno del reato, la flagranza o quasi flagranza, la possibilità o meno che il colpevole possa sfuggire all'arresto e, specialmente, l'allarme destato nel pubblico per l'azione delittuosa commessa, soprattutto nel caso che tale allarme si sia propagato tra i fedeli che si trovino negli edifici aperti al Culto, ove il delinquente si sia rifugiato o il delitto sia stato commesso»²⁴: caratteristiche che evidentemente non si rinvengono nella fattispecie in parola – anche considerato che l'attività richiamata non si sostanzia certo in un attentato diretto alla salute pubblica, ma presenta tutt'al più un rischio indiretto che, stanti le modalità con cui essa è stata posta in essere, appare peraltro piuttosto marginale –, smentendosi così definitivamente, sotto la lente di tale esegesi, un'ipotesi che appariva già *ictu oculi* difficilmente sostenibile.

Considerazioni analoghe possono inoltre essere avanzate con riferimento a tutte le volte in cui ai sacerdoti o ai fedeli siano state comminate sanzioni in conseguenza agli episodi appena citati o a casi affini²⁵. In simili circostanze è infatti legittimo domandarsi se l'appello alla libertà religiosa possa fornire i presupposti per una causa di giustificazione. Sebbene in linea generale la giurisprudenza non abbia elaborato un orientamento univoco sul tema – e non potrebbe essere altrimenti, stante il delicato bilanciamento tra diritti costituzionali che si rivela necessario operare caso per caso –, la risposta che sembra prospettarsi appare decisamente positiva, trovando in particolare tale ipotesi una conferma nella scriminante dell'esercizio di un diritto e dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p.: in aggiunta a quanto già segnalato circa la tenue lesività degli atti in parola, va infatti ricordato «[che] – come in più occasioni è stato sostenuto da autorevole dottrina e giurisprudenza – il diritto o il dovere richiamato nella fattispecie tipica della norma di diritto interno può sorgere in un ordinamento giuridico diverso da quello statuale, purché ispirato a valori compatibili e condivisi con quelli posti a fondamento di quello italiano»²⁶, requisito che deve ritenersi senza dubbio soddisfatto in virtù del pieno riconoscimento della libertas Ecclesiae solennemente enunciato al già menzionato art. 2, par. 1, del Concordato, ragione per cui «[n]on pare, quindi, sussistere alcun ostacolo, nemmeno di natura interpretativa, al rinvio all'ordinamento straniero, ed in particolare a quello canonico, per individuare la situazione giuridica obbligante che può rappresentare la causa giustificativa della condotta o del fatto illecito, integrando il profilo materiale dell'esimente disciplinata dall'art. 51 c.p.»²⁷.

²⁴ La Circolare relativa alle disposizioni di esecuzione in materia penale in seguito al Concordato tra l'Italia e la Santa Sede è stata pubblicata nel Bollettino ufficiale del Ministero della Giustizia e degli affari di culto, L (28 giugno 1929), n. 26, pp. 485-486. Il testo del documento è riportato anche in V. DEL GIUDICE, Codice delle leggi ecclesiastiche, Giuffrè, Milano, 1952, p. 297.

²⁵ Si pensi, a titolo di esempio, a quanto avvenuto il 30 marzo a Rocca Imperiale, dove un sacerdote è stato sanzionato per aver effettuato una processione per le vie deserte del paese, seguito a debita distanza da un solo fedele che lo coadiuvava (https://www.lanuovabq.it/it/io-multato-per-aver-benedetto-la-citta-ma-non-paghero-vogliono-punire-la-chiesa).

²⁶ P. PRUNETI, *Salus animarum* e atti *contra ius* del sacerdote che impartisce un sacramento, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 3/2008, p. 13.

²⁷ Ivi, p. 14. Sul punto si vedano anche S. BORDONALI, Somministrazione di sacramenti ed eventuale responsabilità penale del sacerdote, in Il diritto ecclesiastico, CX (1999), n. 1, pp. 865-881; A.G. CHIZZONITI, Multiculturalismo, libertà religiosa e norme penali, in G. DE FRANCESCO, C. PIEMONTESE, E. VENAFRO (a cura di), Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela della libertà, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 29-61; A. GIANFREDA, Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia), Giuffrè, Milano, 2012; G. CROCCO, Diritto, ordine e religione nella tutela penale, in A. FUCCILLO (a cura di), Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 221-250; G.

AMBIENTEDIRITTO	

4. Risvolti critici dell'apparente risoluzione di un contrasto istituzionale.

Il conflitto che in questo primo periodo era rimasto sommerso nella sua portata sistemica, pur manifestandosi con evidenza negli specifici episodi descritti, è infine esploso anche sul piano istituzionale con l'annuncio delle misure che avrebbero guidato la cosiddetta 'fase 2'. Se infatti da un lato il d.p.c.m. del 26 aprile predisponeva le modalità per la graduale riapertura delle altre attività, dall'altro confermava invece le restrizioni imposte alla libertà religiosa, riproponendo all'art. 1, lett. i), i medesimi provvedimenti del precedente decreto circa le condizioni per l'accesso ai luoghi di culto e la sospensione di tutte le celebrazioni, con l'unica eccezione delle cerimonie funebri, che venivano consentite «con l'esclusiva partecipazione di congiunti e, comunque, fino a un massimo di quindici persone, con funzione da svolgersi preferibilmente all'aperto, indossando protezioni delle vie respiratorie e rispettando rigorosamente la distanza di sicurezza interpersonale di almeno un metro». Una simile decisione ha perciò suscitato la netta reazione della Conferenza Episcopale Italiana, che nella stessa data ha diffuso un comunicato con cui veniva denunciata la violazione delle trattative in corso con il Ministero dell'Interno e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, descrivendosi le rinnovate limitazioni come un'esclusione arbitraria della possibilità di celebrare la Messa con il popolo: richiamando quindi «[a]lla Presidenza del Consiglio e al Comitato tecnico-scientifico [...] il dovere di distinguere tra la loro responsabilità – dare indicazioni precise di carattere sanitario – e quella della Chiesa, chiamata a organizzare la vita della comunità cristiana, nel rispetto delle misure disposte, ma nella pienezza della propria autonomia», il documento si concludeva ribadendo con fermezza che «[i] Vescovi italiani non possono accettare di vedere compromesso l'esercizio della libertà di culto»²⁸. Da segnalare, inoltre, come nei confronti delle disposizioni in parola sia stato presentato il successivo 30 aprile anche un ricorso al TAR Lazio, ancora in corso di causa mentre stiamo scrivendo²⁹.

Come appare infatti evidente, i profili critici già individuati in relazione al d.p.c.m. del 10 aprile si ripropongono anche nel nuovo decreto, rivelandosi anzi ulteriormente aggravati. A ciò contribuisce in primo luogo l'ancora più marcata sproporzione tra – da un lato – la riaffermazione, in maniera sostanzialmente immutata, dei divieti imposti in ambito religioso, e – dall'altro – la previsione della progressiva ripresa degli altri esercizi³⁰, i cui criteri sono stati peraltro delineati in appositi protocolli di intesa con le

CASUSCELLI, Il diritto penale, in ID. (a cura di), Nozioni di diritto ecclesiastico, cit., pp. 371-378.

²⁸ Il testo del comunicato, dal titolo DPCM, la posizione della CEI, è consultabile sul sito internet della Conferenza Episcopale Italiana al seguente indirizzo: https://www.chiesacattolica.it/dpcm-la-posizione-della-cei/.

²⁹ Il ricorso, avente ad oggetto in particolare l'annullamento delle disposizioni di cui all'art. 1, lett. i), del d.p.c.m. del 10 aprile, e di cui all'art. 1, lett. i), del d.p.c.m. del 26 aprile, è stato presentato per conto del Centro Studi Rosario Livatino e del suo Presidente (https://www.centrostudilivatino.it/ricorso-al-tar-lazio-contro-la-sospensione-delle-cerimonie-religiose/); ad esso si è poi aggiunto l'intervento ad adiuvandum depositato da numerose altre associazioni (https://www.centrostudilivatino.it/associazioni-a-sostegno-del-ricorso-al-tar-contro-il-d-p-c-m-che-sospende-le-manifestazioni-pubbliche-di-carattere-religioso/). Il testo del ricorso è consultabile al seguente indirizzo internet: https://drive.google.com/file/d/1Pu8YrCSlbTVORudr23kLRTsq0aiV1 VM/view.

³⁰ S. NITOGLIA, op. cit., p. 61: «Si sono vietate, infatti, cerimonie religiose a motivo del pericolo di contagio, ammesso e non concesso che in determinate condizioni (dimensioni delle chiese in rapporto al numero dei fedeli, banchi distanziati ecc.) tale pericolo potesse sussistere, mentre si sono permesse altre attività dove tale rischio non era minore (supermercati, banche, attività motoria all'aperto). Questa arbitrarietà autoritaria è stata autorevolmente denunciata dal presidente emerito della Corte costituzionale, Antonio Baldassarre: "Anche qui c'è un arbitrio

parti sociali (si vedano in particolare gli allegati 6, 7 e 8 al d.p.c.m. del 26 aprile, rispettivamente dedicati alla regolamentazione degli ambienti di lavoro, dei cantieri e del settore del trasporto e della logistica), mentre la decisione relativa ai primi si è ancora una volta confermata unilaterale. Sul punto si dimostrano pertanto fondate le considerazioni formulate nel menzionato ricorso al TAR Lazio, nel quale si pongono a confronto le misure contestate con il già menzionato principio di proporzionalità – nella formulazione recentemente ribadita dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016 - che tra le misure necessarie e idonee al conseguimento dell'obiettivo legittimamente perseguito richiede di adottare sempre quella meno restrittiva del diritto fondamentale in questione, per concludere come «alla luce della struttura e del contenuto dei decreti impugnati, [...] tale test non sia superato nel caso di specie: non si è qui certo di fronte alla soluzione meno restrittiva dei diritti individuali, ma al contrario alla soluzione più restrittiva, che impone per l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito sacrifici radicalmente più eccedenti di quelli richiesti nella situazione d'emergenza per l'esercizio di attività di analogo contenuto ma corrispondenti a interessi non coperti da garanzia costituzionale» (p. 22).

Incoerente ed esorbitante dalle prerogative statali si presenta inoltre anche la selezione operata tra celebrazioni consentite – quelle funebri – e quelle vietate – tutte le altre –, in quanto non si vede come funzioni che si svolgono alle medesime condizioni possano ricevere un trattamento diverso, se non presumendo, a monte, la formulazione da parte del legislatore secolare di un giudizio differenziato circa il valore di ciascuna, in virtù del quale il 'margine di rischio' che entrambe implicano in maniera ineliminabile risulta ammissibile per le prime e ingiustificato per le seconde. Benché tale orientamento – non casualmente analogo a quello registrato in Francia³¹, notoriamente «forme separatiste estreme»³² – tradisca un'oggettiva giurisdizionalista, sembra quasi che esso debba ritenersi 'non imputabile' di una simile

autoritario: Se io faccio entrare le persone in un supermercato con il rispetto del distanziamento sociale, perché non in una chiesa? Mangiare è un bisogno fondamentale, ma anche il culto per un credente. Per la Costituzione sono pari libertà quella al sostentamento e quella spirituale"». Analogamente, a p. 21 del citato ricorso contro i decreti si sottolinea come «[m]ai disparità di trattamento potrebbe essere più evidente. Un gruppo di persone potrà salire su un autobus di 40 mg (allegato 9 al d.P.C.M. 26.04.2020), ma non si consente allo stesso gruppo di partecipare a una Messa in una chiesa ben più ampia».

³¹ M. TRÉDEZ-LOPEZ, La liberté religieuse sous le régime de l'état d'urgence sanitaire en France, 30 marzo 2020, pubblicato sul sito internet dell'Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose (https://www.olir.it/focus/melanietredez-lopez-la-liberte-religieuse-sous-le-regime-de-letat-durgence-sanitaire/): «Les concepts jusqu'alors inusuels de "distanciation sociale" et de gestes "barrières" (art. 2 décret n°2020-293), rendant impossible la pratique collective du culte à l'heure où l'expression d'une foi dans la fraternité et la solidarité apparait indispensable pour certains croyants. Quand bien même les lieux de cultes ne figurent pas sur la liste des établissements dont la fermeture a été ordonnée par le gouvernement, tout rassemblement ou réunion de personnes est désormais proscrit en leur sein à l'exception des cérémonies funéraires dans la limite de 20 personnes (art. 8 décret n°2020-293). Au delà de l'accès aux lieux de culte et aux célébrations quotidiennes ou ponctuelles, en pratique impossibles en raison des restrictions de circulation et de rassemblement, cette crise sanitaire sans précédent vient interroger d'autres aspects de la pratique religieuse individuelle ou collective: remise en cause des célébrations inscrites aux calendriers des fêtes religieuses consacrées (Carême, Pâques, Pessah, Ramadan), difficultés voire impossibilité pratique d'accéder aux personnes malades dans les hôpitaux et établissements médico-sociaux pour les aumôniers religieux, impossibilité de réaliser les toilettes mortuaires rituelles et encadrement restrictif des funérailles religieuses».

³² C. CARDIA, Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana, cit., p. 326; che a p. 236 ricorda pure come «già nel 1989, il Rapport di Philippe Joutard denunciava lo stato di analfabetismo religioso che si estendeva tra i giovani fino a renderli incapaci di comprendere e interpretare capolavori artistici e letterari che integrano l'identità europea e occidentale», osservazione che non pare inconferente al ragionamento qui proposto.

accusa, in quanto appare piuttosto fondato su una radicale incapacità di percepire il significato che la sfera del sacro può rivestire per una determinata comunità. Lo Stato, cioè, con questa scelta unilaterale mostra di cogliere il valore 'umano' del momento dell'estremo commiato ai propri cari³³ e, di conseguenza, del conforto che ai familiari può derivare dall'elemento religioso - che legittima perciò l'esercizio della cerimonia corrispondente -, ma di attribuire assai scarsa considerazione a tutte le altre manifestazioni di fede parimenti derivanti dalla stessa dimensione, che nel provvedimento è difatti parificata al mondo culturale, ludico e sportivo³⁴: una scelta che tuttavia contraddice con tutta evidenza lo stesso principio di laicità e che dimostra la propria inconsistenza se solo si considera che per un cattolico – ma lo stesso può valere per le espressioni del patrimonio religioso di ogni confessione, che i poteri pubblici non possono pretendere di conoscere né di valutare adeguatamente senza il ricorso allo strumento pattizio - «[1]a celebrazione della Messa, in quanto azione di Cristo e del popolo di Dio gerarchicamente ordinato, costituisce il centro di tutta la vita cristiana per la Chiesa universale, per quella locale, e per i singoli fedeli. Nella Messa, infatti, si ha il culmine sia dell'azione con cui Dio santifica il mondo in Cristo, sia del culto che gli uomini rendono al Padre, adorandolo per mezzo di Cristo Figlio di Dio nello Spirito Santo. In essa inoltre la Chiesa commemora, nel corso dell'anno, i misteri della redenzione, in modo da renderli in certo modo presenti. Tutte le altre azioni sacre e ogni attività della vita cristiana sono in stretta relazione con la Messa, da essa derivano e ad essa sono ordinate» (Ordinamento Generale del Messale Romano, n. 16).

In ogni caso, in seguito agli eventi descritti³⁵ l'interlocuzione tra la CEI e il Governo ha finalmente portato alla firma di un *Protocollo circa la ripresa delle celebrazioni con il popolo*³⁶. Come indicato nel documento stesso, in particolare, dopo essere stato

³³ Ci riferiamo cioè a quel valore che A. GIANFREDA, Libertà religiosa e culto dei defunti nell'epoca del Coronavirus, 17 marzo 2020, pubblicato sul sito internet dell'Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose (https://www.olir.it/focus/anna-gianfreda-liberta-religiosa-e-culto-dei-defunti-nellepoca-del-coronavirus/), ha descritto – ancora sotto la vigenza delle disposizioni della 'fase 1', quando anche le funzioni funebri erano vietate – come appartenente a una «dimensione antropologica – potremmo dire pre-religiosa – della ritualità».

³⁴ A questo riguardo tornano alla mente le parole che già nella seconda metà del secolo scorso N. GÓMEZ DÁVILA inseriva tra i suoi Escolios a un texto implícito, che qui riproponiamo nella traduzione italiana di L. SESSA, in F. VOLPI (a cura di), In margine a un testo implicito, IV ed., Adelphi, 2009, p. 52: «Oggi non è sufficiente un'apologetica del cristianesimo. Neppure un'apologetica della religione. Oggi si ha bisogno di un'introduzione metodica a quella visione del mondo all'infuori della quale il vocabolario religioso è privo di senso».

Da aggiungere, inoltre, come il 6 maggio 2020 sia stato approvato un emendamento al d.1. n. 19/2020 – poi definitivamente convertito con modificazioni dalla 1. n. 35 del 22 maggio 2020 – con il quale è stato introdotto, a fianco della confermata lett. h) dell'art. 1, comma 2 (relativa alla possibile «sospensione delle cerimonie civili e religiose, limitazione dell'ingresso nei luoghi destinati al culto»), anche una lett. h-bis), concernente l'eventuale «adozione di protocolli sanitari, d'intesa con la Chiesa cattolica e con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, per la definizione delle misure necessarie ai fini dello svolgimento delle funzioni religiose in condizioni di sicurezza». Al riguardo, appaiono condivisibili le osservazioni avanzate nella stessa data dal Centro Studi Rosario Livatino a commento di tale modifica: «Al di là delle buone intenzioni, il dato testuale è che la libertà religiosa continua a essere compressa e manca qualsiasi indicazione temporale su quando questa forte limitazione cesserà: ciò a differenza di quanto è già accaduto per altre libertà, come quella di impresa. Soprattutto sfugge la necessità dei "protocolli sanitari", dal momento che nessun rito religioso costituisce una attività complessa: sono ben sufficienti le norme generali di contenimento, come mascherina, distanza, ecc.» (https://www.centrostudilivatino.it/fino-aquando-la-liberta-religiosa-continuera-a-essere-compressa/).

³⁶ Il Protocollo è consultabile sul sito internet del Ministero dell'Interno al seguente indirizzo: https://www.interno.gov.it/sites/default/files/allegati/protocollo_per_la_ripresa_delle_celebrazioni_con_il_popolo_7 _maggio_2020_.pdf.

AMBIENTEDIRITTO

«predisposto dalla Conferenza Episcopale Italiana», esso è stato «esaminato e approvato» dal Comitato tecnico-scientifico (CTS) il 6 maggio e «sottoscritto» dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal Ministro dell'Interno e dal Presidente della CEI il giorno seguente, di cui reca infatti ufficialmente la data. Oltre a segnalare le forme di «adeguata comunicazione» dei contenuti stessi e «altri suggerimenti» di carattere generale, le sue disposizioni – la cui entrata in vigore era stabilita per il successivo 18 maggio – comprendevano le misure stabilite per l'«accesso ai luoghi di culto in occasione di celebrazioni liturgiche» e per la «igienizzazione dei luoghi e degli oggetti», nonché le «attenzioni da osservare nelle celebrazioni liturgiche», nel paragrafo dedicato alle quali venivano fornite indicazioni precise non solo riguardo alla celebrazione della Messa con il popolo, ma anche all'amministrazione del sacramento della Penitenza e alle «celebrazioni diverse da quella eucaristica o inserite in essa: Battesimo, Matrimonio, Unzione degli infermi ed Esequie», con espressa esclusione invece della possibilità di celebrare il sacramento della Confermazione e senza alcun riferimento a quello dell'Ordine.

Benché formalmente frutto dell'accordo tanto atteso tra le due istituzioni, non si può sottacere come il Protocollo in parola presenti ciononostante profili di grande criticità. Tra questi, l'elemento maggiormente problematico sembra potersi individuare non tanto nell'assenza delle forme previste sia dall'art. 13, par. 2, sia dall'art. 14 del Concordato, né da quella dell'indicazione di un termine per la conclusione della vigenza delle disposizioni dettate o delle modalità di eventuali contestazioni circa il loro rispetto – questioni pur sussistenti e potenzialmente capaci di riproporre i gravi episodi già registrati nella prima fase –, quanto piuttosto nella concezione stessa che ne sta alla base. Lo Stato, infatti, non si è limitato – come aveva correttamente richiesto la CEI nel comunicato del 26 aprile, in linea con i principi costituzionali e concordatari più volte richiamati – a «dare indicazioni precise di carattere sanitario», lasciando invece alla Chiesa la libertà di «organizzare la vita della comunità cristiana, nel rispetto delle misure disposte, ma nella pienezza della propria autonomia»: al contrario, ha preteso di esercitare un controllo su una materia manifestamente eccedente rispetto alle proprie competenze, arrivando fino a condizionare l'ammissibilità delle celebrazioni a una ratifica, all'interno di un atto amministrativo, delle modalità puntuali con cui i ministri distribuiscono ai fedeli la Santa Comunione - «in cui è contenuto l'intero bene spirituale della Chiesa, ovvero Cristo stesso, nostra Pasqua, fonte e culmine di tutta la vita cristiana, il cui influsso causale è alle origini stesse della Chiesa», come ricordato al n. 2 dell'Istruzione Redemptionis sacramentum della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti del 25 marzo 2004³⁷ –, incurante del fatto che il «principio di non ingerenza dello Stato nell'ambito della sfera di attività confessionale [...] assume un valore assoluto, valido per ogni religione – purché esprima contenuti compatibili con l'ordinamento costituzionale – e tale da apprestare una tutela anche oltre l'ambito strettamente sacramentale», da cui discende perciò a maggior ragione una totale «inammissibilità da parte dei poteri e degli organi statali di interferire in materia di sacramenti»38.

³⁸ P. PRUNETI, op. cit., p. 10.

³⁷ La gravità di una simile intromissione emerge in modo ancora più evidente se confrontata con l'insegnamento della Costituzione sulla divina liturgia *Sacrosantum Concilium* del Concilio Vaticano II, che al n. 22 ribadisce che «[r]egolare la sacra liturgia compete unicamente all'autorità della Chiesa, la quale risiede nella Sede apostolica e, a norma del diritto, nel vescovo. [...] Di conseguenza assolutamente nessun altro, anche se sacerdote, osi, di sua iniziativa, aggiungere, togliere o mutare alcunché in materia liturgica».

Una conferma di tale tendenza, tesa ad avocare a sé forme di controllo anche su un simile ambito, emerge peraltro in maniera evidente nella successiva nota con cui il Ministero dell'Interno ha portato a conoscenza della CEI il responso del Comitato tecnico-scientifico ad alcune questioni nel frattempo da essa sollevate in merito alla revisione di specifiche disposizioni contenute nel Protocollo: pur rispondendo positivamente alle istanze avanzate – e in questo è possibile cogliere un'analogia con quanto osservato circa il provvedimento sulle funzioni funebri di cui al d.p.c.m. del 26 aprile, che nel restituire almeno una porzione di quella libertas Ecclesiae fino ad allora negata in modo ancora più netto tradiva però tutte le criticità insite nell'approccio di fondo –, il documento descrive infatti il procedimento che ha portato a tale risultato non certo come un'interlocuzione tra due istituzioni indipendenti e sovrane ciascuna nel proprio ordine, bensì come una vera e propria 'richiesta di permesso' da parte della Conferenza Episcopale Italiana – «Con nota del 17 giugno u.s. dell'E.V. [il Segretario generale della CEI] sono state rappresentate una serie di questioni relative al possibile superamento di alcune delle disposizioni contenute nel Protocollo in oggetto. In particolare, sono state avanzate le richieste in ordine al "derogare all'obbligo dei guanti al momento della distribuzione della Comunione" ed alla "obbligatorietà della mascherina, riguardo alla celebrazione dei matrimoni" per gli sposi. A seguito della richiesta pervenuta da parte della E.V., questo Dipartimento [per le libertà civili e l'immigrazione] ha quindi sottoposto all'attenzione del CTS i quesiti sopra citati» -, concludendosi infine con un ammonimento circa la necessità che le nuove prescrizioni così formulate «siano scrupolosamente osservate» 39. Da segnalare, inoltre, come nell'illustrare le ragioni dell'accoglimento della prima domanda il CTS abbia richiamato tra le motivazioni principali, prima ancora del riferimento ai mutati «indici epidemiologici», il fatto che «[l]'uso non corretto dei guanti può, altresì, infondere una falsa sensazione di sicurezza che può rappresentare una delle cause di diffusione del virus», circostanza che fa apparire come piuttosto gratuita – se non controproducente – l'originaria imposizione di tale obbligo, la cui ottemperanza è stata comunque richiesta in via inderogabile per più di un mese.

Il consolidamento della prassi descritta è peraltro dimostrato, da ultimo, dagli sviluppi relativi a un'ulteriore restrizione, comunicata dal Ministero su indicazione del CTS il 13 maggio e avente ad oggetto l'individuazione di un tetto massimo di partecipanti per ciascuna funzione religiosa, corrispondente rispettivamente al numero di 200 fedeli per le celebrazioni da svolgersi all'interno di luoghi di culto al chiuso e di 1.000 per quelle da tenersi all'aperto⁴⁰. Come segnalato nella lettera inviata il 22 luglio dalla Presidenza della CEI ai membri della Conferenza Episcopale, in seguito all'indicazione di tale nuovo limite – stabilito in via unilaterale con valore assoluto a prescindere dalle effettive caratteristiche degli spazi in questione – la Segreteria generale ha tuttavia sottoposto «a più riprese» la richiesta di un suo superamento al Ministero dell'Interno. La stessa risposta ricevuta da quest'ultimo, riferendosi a tali istanze, riporta in modo ancora più chiaro che la Segreteria «ha rappresentato alcune

³⁹ La nota in parola è consultabile sul sito internet della CEI, su cui è stata pubblicata il 26 giugno 2020, al seguente indirizzo: https://www.chiesacattolica.it/celebrazioni-liturgiche-la-risposta-del-ministero-dellinterno-a-due-quesiti-della-cei/.

⁴⁰ La nota, avente ad oggetto la Applicazione delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID 19 previste dal D.P.C.M. 26 APRILE 2020 – Protocollo riguardante la graduale ripresa delle celebrazioni liturgiche con il popolo, è consultabile sul sito internet della CEI al seguente indirizzo: https://chiciseparera.chiesacattolica.it/ripresa-delle-celebrazioni-la-nota-del-viminale/.

nuove esigenze in ordine alla "urgenza di ritornare all'esercizio della prassi pastorale", chiedendo chiarimenti in particolare su tre questioni», di cui la prima consistente nella «riproposizione della "richiesta di superare il limite del numero di 200 partecipanti alle celebrazioni che si svolgono nelle chiese", per gli "edifici religiosi di ampie dimensioni, dove il rispetto per il distanziamento personale – oltre che per tutte le altre misure di carattere sanitario – è comunque assicurato senza difficoltà"», formulazione che già da sé lascia trasparire la scarsa giustificabilità di una simile, apposita limitazione: la valutazione del quesito veniva perciò ancora una volta rimessa al Comitato tecnicoscientifico, che a sua volta si limitava a «sottolinea[re] la vigenza attuale del DPCM 14/07/2020 che disciplina la fruizione dei luoghi durante le manifestazioni in luoghi chiusi, compresa la possibilità di rimodulazione del numero massimo di persone da parte delle Regioni e delle Province autonome che possono stabilire un diverso numero massimo dei fedeli partecipanti durante le funzioni religiose». Quanto agli altri quesiti avanzati, l'uno riguardava «l'urgenza di tornare ad ammettere la figura dei cantori» nelle celebrazioni e l'altro la possibilità per i familiari che già vivono quotidianamente nella medesima abitazione – per i quali il criterio del distanziamento si rende perciò evidentemente superfluo – di partecipare alle funzioni stando in uno stesso banco: non avendo ricevuto alcun riscontro in merito a nessuno dei due, se relativamente al primo la Presidenza della CEI si limitava a prendere atto di tale silenzio e a dichiarare di essere ancora in attesa di un responso, a proposito del secondo si affermava invece nella lettera che esso «trova risposta positiva nella prassi della vita quotidiana»⁴¹.

I profili illustrati rendono conto delle maggiori criticità della normativa di emergenza. Ritenere tuttavia i problemi esposti come limitati a quest'ultima occasione e perciò conclusi nel tempo, pur nella loro gravità, appare errato. È questo non solo e non tanto per l'eventuale prossimo riproporsi della stessa emergenza epidemiologica o di nuove situazioni eccezionali – circostanze pure plausibili e che verosimilmente comporterebbero anche il ripresentarsi delle medesime questioni già esaminate –, ma soprattutto perché essi appaiono come l'indice e il sintomo di un più radicato approccio al fenomeno religioso che rischia di informare in modo sempre più consolidato la futura

⁴¹ Nella lettera si fa inoltre riferimento al sacramento della Confermazione – riguardo al quale, come già segnalato, il Protocollo del 7 maggio aveva indicato solo che la ripresa della sua celebrazione era ancora da rinviarsi -, dichiarando che «[n]on ci sono impedimenti a celebrare con dignità e sobrietà i sacramenti, a partire da quelli dell'iniziazione cristiana. È bene aver cura che la loro celebrazione, pur in gruppi contenuti, avvenga sempre in un contesto comunitario. Nella celebrazione del sacramento della Cresima - oltre ad assicurare il rispetto delle indicazioni sanitarie – in questa fase l'unzione può essere fatta usando un batuffolo di cotone o una salvietta per ogni cresimando. La stessa attenzione sarà necessaria per le unzioni battesimali e per il sacramento dell'Unzione dei malati». Oltre alla lettera e alla nota da ultimo menzionate (consultabili rispettivamente ai seguenti indirizzi internet: https://www.arcidiocesigaeta.it/wp-content/uploads/sites/2/2020/07/04/2020-07-22-Lettera-della-Presidenza-Cei.pdf e https://www.arcidiocesigaeta.it/wp-content/uploads/sites/2/2020/07/04/2020-07-22-Nota-del-MinisterodellInterno.pdf), ulteriori documenti relativi al medesimo ambito, precedenti o successivi alla firma del Protocollo, sono inoltre le note del Ministero dell'Interno aventi ad oggetto un Quesito in ordine alla celebrazione della cerimonia funebre a seguito dell'emanazione delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 del 30 aprile (https://www.interno.gov.it/sites/default/files/modulistica/ circolare cerimonie funebri e quesito.pdf) - con corrispondente nota complementare della CEI della stessa data e successivo aggiornamento del 2 maggio (https://chiciseparera.chiesacattolica.it/esequie-la-risposta-delministero-dellinterno-al-quesito-sottoposto-dalla-segreteria-generale-della-cei/) -, e la Applicazione delle misure di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Esigenze determinate dall'esercizio del diritto alla libertà di culto. Modalità di svolgimento delle processioni religiose dell'11 giugno (https://chiciseparera.chiesacattolica.it/modalita-di- svolgimento-delle-processioni-la-nota-del-ministerodellinterno/).

AMBIENTEDIRITTO		
AMBIENTEDIKTIO	AMDIENTEDIDITTO	
	AMBIENTEDIKITIO	

produzione legislativa in materia ecclesiasticistica anche in condizioni ordinarie, contraddicendo quella laicità positiva su cui si è finora fondato il nostro ordinamento 42 e relegando a una dimensione puramente intimistica l'adesione del soggetto a un credo religioso, le cui manifestazioni esterne ed esigenze correlate sono invece considerate sacrificabili in quanto – per riproporre una terminologia divenuta di uso comune nelle recenti contingenze – 'non essenziali'. In questa prospettiva, riecheggia perciò con valore profetico il monito che Benedetto XVI lanciava nel 2009 al n. 56 della sua enciclica *Caritas in Veritate*: «La negazione del diritto a professare pubblicamente la propria religione e ad operare perché le verità della fede informino di sé anche la vita pubblica comporta conseguenze negative sul vero sviluppo. L'esclusione della religione dall'ambito pubblico come, per altro verso, il fondamentalismo religioso, impediscono l'incontro tra le persone e la loro collaborazione per il progresso dell'umanità. La vita pubblica si impoverisce di motivazioni e la politica assume un volto opprimente e aggressivo. I diritti umani rischiano di non essere rispettati o perché vengono privati del loro fondamento trascendente o perché non viene riconosciuta la libertà personale».

⁴² Cfr. G. DALLA TORRE, Sana laicità o laicità positiva?, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 34/2012, pp. 1-11; ID., Lezioni di diritto ecclesiastico, cit., pp. 37-40.

AMBIENTEDIRITTO	

IL RISCHIO EPIDEMICO NEI LUOGHI DI LAVORO TRA RESPONSABILITÀ PENALE DELLE PERSONE FISICHE E PROFILI DI CORPORATE LIABILITY.

Giulia Rizzo Minelli

Abstract: Per la gestione dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del nuovo coronavirus SARS-CoV-2, sono stati emanati diversi decreti volti a contenere il diffondersi del contagio mediante l'impiego di misure urgenti, preventive e cautelari, dirette a coniugare la necessaria prosecuzione delle attività produttive con le garanzie di sicurezza e salubrità degli ambienti lavorativi. Ne sono conseguiti nuovi e significativi obblighi per i datori di lavoro, tenuti a salvaguardare la salute dei propri lavoratori, sia per dovere etico sia perché la posizione di garanzia che rivestono impone – per evitare responsabilità penali – di impedire il verificarsi eventi lesivi. Il contributo intende quindi approfondire i risvolti penali dell'emergenza Covid-19, prendendo in esame i profili di responsabilità delle persone fisiche e giuridiche datrici di lavoro nel caso in cui il contagio avvenga in occasione del lavoro e sia eziologicamente riconducibile ad una loro azione od omissione.

Abstract [EN]: For the management of the epidemiological emergency linked to the diffusion of the SARS-CoV-2, several decrees have been enacted, in order to containing the spread of the contagion by the use of urgent preventive and precautionary measures, aimed at combining the necessary continuation of productive activities with the guarantee of the safety and health of the working environment. New and significant requirements have followed for employers who are obliged to safeguard the health of their workers, for ethical duty and for the security position they hold that requires – to avoid criminal liability – the prevention of harmful events. The article intends to analyse the criminal profiles of the Covid-19 emergency, by the examination of the liability of employers (individuals and corporations) in case that the contagion takes place at work and it is etiologically due to their actions or omissions.

SOMMARIO: 1. Qualche considerazione introduttiva. - **2.** L'esperienza dei protocolli condivisi. - **3.** Il ruolo del datore di lavoro nella prevenzione del contagio. - **4.** Sulla equiparazione del contagio da Covid-19 all'infortunio sul lavoro. - **4.1.** (*segue*) Il ruolo dell'art. 29-bis legge 40/2020. - **5.** L'accertamento della responsabilità penale individuale per la morte o le lesioni conseguenti al contagio da Covid-19. - **5.1.** Sul nesso di causalità. - **5.2.** Sulla colpa. - **6.** La responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001. - **6.1.** Il Modello di Organizzazione e Gestione ai tempi del Covid. - **6.2.** Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza. **7.** Note conclusive.

1. Qualche considerazione introduttiva.

La esponenziale diffusione del virus SARS-CoV-2¹ – morbo nuovo, facilmente trasmissibile ed i cui rischi per la vita e la salute delle persone sono ormai purtroppo noti – ha tragicamente e globalmente segnato i primi mesi del 2020, portando all'inedita situazione in cui ai cittadini è stato richiesto di rimanere – fatti salvi i casi di improrogabili esigenze e situazioni di necessità – nelle proprie abitazioni nel tentativo di contingentare, per quanto possibile, le occasioni di contatto sociale e ridurre la capacità diffusiva del virus². Sebbene il periodo di prolungata e generalizzata quarantena sia ad oggi cessato, così come è in calo (si auspica definitivamente) la diffusione del contagio – atteso che i dati sulla propagazione del virus incoraggiano e dimostrano una progressiva diminuzione del numero di vittime – le conseguenze, sociali ed economiche, della pandemia continuano invece con veemenza ad imperare³. Se, infatti, il Covid-19 ha dispiegato i propri nefasti effetti, *in primis*, sulla salute delle persone, con le ben note drammatiche ripercussioni sul Servizio Sanitario Nazionale, non meno pericolose sono le conseguenze che l'epidemia ha portato e porterà nel mondo del lavoro e, più in generale, nell'economia⁴.

Basti infatti rammentare come, fin dai primi casi di contagio da Covid-19, siano stati emanati numerosi provvedimenti volti a contrastare la diffusione del virus nei luoghi di lavoro⁵. Ed invero, il 3 febbraio 2020 il Ministero della Salute, con propria circolare, ha fornito una serie di indicazioni per gli operatori che – nello svolgimento delle proprie attività lavorative – vengono a contatto con il pubblico⁶; di poi, il Governo – durante la c.d. fase 1 – ha previsto la prosecuzione delle sole attività produttive poste in essere in condizioni che «assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione», cercando comunque di favorire il massimo utilizzo da parte delle imprese di «modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte presso il proprio domicilio o in modalità a distanza»,

¹ Acronimo dall'inglese Severe Acute Respiratory Syndrome – Coronavirus – 2 (sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2).

² Così G.L. GATTA, Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale, in Sistema Penale, 16 marzo 2020.:

³ M. RIVERDITI, L. AMERIO, Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici, in Giurisprudenza Penale Trimestrale, 2020, 1, 82 e ss.

⁴ Cfr. D. AMATO, Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale? In Giurisprudenza Penale Web, 2020, 6; per un approfondito esame delle ricadute sul mondo del lavoro dell'epidemia da Covid-19, si rinvia alla relazione dell'OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro), dal titolo "Covid-19 e mondo del lavoro: impatto e risposte", del 18 marzo 2020.
⁵ Così G. MINNITI, Contagio da COVID-19 in ambiente lavorativo: responsabilità penale del datore di lavoro e dell'ente ex d. lgs. 231/2001, in Il Penalista, 15 aprile 2020.

⁶ Trattasi della circolare n. 3190/2020 del Ministero della Salute, recante "Indicazioni per gli operatori dei servizi/esercizi a contatto con il pubblico". Essa fornisce le seguenti indicazioni operative: «Si rappresenta preliminarmente che, ai sensi della normativa vigente (d. lgs. 81/2008), la responsabilità di tutelarli dal rischio biologico è in capo al datore di lavoro, con la collaborazione del medico competente. Le misure devono tener conto della situazione di rischio che, come si evince dalle informazioni sopra riportate, nel caso in esame è attualmente caratterizzata in Italia dall'assenza di circolazione del virus. Inoltre, come si evince dalla circolare del 31/1/2020 relativa all'identificazione dei casi e dei contatti a rischio, questi ultimi sono solo coloro che hanno avuto contatti ravvicinati e protratti con gli ammalati. Pertanto, ad esclusione degli operatori sanitari, si ritiene sufficiente adottare le comuni misure preventive della diffusione delle malattie trasmesse per via respiratoria, e in particolare: lavarsi frequentemente le mani; porre attenzione all'igiene delle superfici; evitare i contratti stretti e protratti con persone con sintomi simil influenzali; adottare ogni ulteriore misura di prevenzione dettata dal datore di lavoro».

raccomandando sia «di incentivare ferie e congedi retribuiti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva» che di «sospendere le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione»⁷; infine – a fronte dell'aumento del numero di contagi – ha disposto l'interruzione di tutte le attività produttive ritenute non essenziali⁸. Da ultimo, durante le fasi 2, 2bis e 3 (questa ultima tuttora in corso), contrassegnate da una graduale ripartenza delle attività produttive, è stato imposto ai datori di lavoro, per poter riprendere le proprie attività, di adottare ogni dovuta precauzione e di attenersi a scrupolosi protocolli volti a contrastare e contenere la diffusione del virus nei luoghi di lavoro.

Proprio il difficile, ma necessario, bilanciamento tra la prosecuzione delle attività produttive da un lato, e le garanzie di sicurezza e salubrità degli ambienti lavorativi dall'altro, richiede una attenta riflessione, anche sul piano penalistico. La ripresa delle attività produttive e commerciali impone, infatti, al datore di lavoro il rispetto di una serie di obblighi la cui mancata osservanza espone lo stesso ad una possibile responsabilità penale per morte o lesioni colpose quali conseguenza dell'inosservanza e dell'inadempimento delle misure volte a ridurre il rischio di contagio⁹. Dunque, pur muovendosi in un contesto ancora contraddistinto da notevole incertezza normativa, determinata da un coacervo di norme emanate da molteplici fonti (Parlamento, Governo, Presidente del Consiglio dei Ministri, Ministri, Regioni, Enti Locali)¹⁰ nel

⁷ Così il "Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro", sottoscritto il 14 marzo 2020 tra Governo e parti sociali

⁸ Nel dettaglio, il d.p.c.m. 11 marzo 2020 n. 64, all'art. 1 comma 7, ha raccomandato alle imprese ed alle altre attività produttive di incentivare il lavoro a distanza, con modalità di lavoro agile (c.d. smart working) (lett. a); di incentivare le ferie e i congedi retribuiti per i dipendenti nonché gli altri strumenti previsti dalla contrattazione collettiva (lett. b); di sospendere le attività dei reparti aziendali non indispensabili alla produzione (lett. c.). Laddove non fosse possibile interrompere l'attività lavorativa, si è garantita la prosecuzione della stessa previa adozione di protocolli di sicurezza anti-contagio, nel rispetto della distanza interpersonale di un metro, ritenuta la principale misura di contenimento del virus, e tramite l'impiego di strumenti di protezione individuale (lett. d). Poi, sono state promosse operazioni di sanificazione dei luoghi di lavoro, anche utilizzando a tal fine forme di ammortizzatori sociali (lett. e). Infine, nell'ambito delle attività produttive, si chiede di limitare al massimo gli spostamenti all'interno dei siti, contingentando l'accesso agli spazi comuni (art. 1 comma 8). Invece, il d.p.c.m. 22 marzo 2020 n. 76, ha - più incisivamente - sospeso tutte le attività produttive industriali e commerciali, salvo quelle funzionali ad assicurare la continuità delle filiere delle attività non interrotte, indicate all'Allegato 1 del decreto, nonché dei servizi di pubblica utilità e dei servizi essenziali, attività che - tuttora- risultano sospese e potranno gradualmente riprendere avvio solo dalla seconda metà di aprile (il periodo di sospensione è stato poi prorogato, fino al 3 maggio 2020, dal d.p.c.m 10 aprile 2020).

⁹ F. COMPAGNA, La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020, in Il Penalista, 25 maggio 2020.

¹⁰ A mero titolo esemplificativo, tra febbraio e marzo, il Governo è intervenuto con sei Decreti legge (n. 6 del 23 febbraio 2020, convertito con modificazioni nella L. 5 marzo 2020, n. 13 e successivamente abrogato dal D.L. n. 19/2020, salvo che per gli artt. 3, comma 6 bis, e 4; n. 9 del 2 marzo 2020, n. 11 del 8 marzo 2020 e n. 14 del 9 marzo 2020; n. 18 del 17 marzo 2020 contenente "misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", denominato subito "decreto cura Italia"; n. 19 del 25 marzo che prevede altre "misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19"). Inoltre, tra febbraio e aprile, sono stati licenziati dieci decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, sette circolari e sedici messaggi INPS, oltre a quattrodici ordinanze del Ministero della Salute. Sul punto, V. FILÌ, Diritto del lavoro della emergenza epidemiologica da Covid-19 e nuova "questione sociale", in Lavoro nella Giur., 2020, 4, 332.

AMBIENTEDIRITTO	

tentativo di governare un quadro in rapido ed imprevedibile sviluppo¹¹, appare comunque utile svolgere una breve indagine sugli eventuali profili di responsabilità penali delle persone fisiche e giuridiche datrici di lavoro nel caso in cui i dipendenti contraggano il Covid-19 nello svolgimento della propria attività lavorativa ed il contagio possa essere eziologicamente riconducibile ad una loro azione od omissione.

2. L'esperienza dei protocolli condivisi.

La normativa sulla sicurezza sul lavoro italiana si contraddistingue per una strategia regolativa di tipo procedurale, finalizzata a garantire la valutazione e la gestione del rischio lavorativo attraverso la più ampia partecipazione dei soggetti interessati¹². Pertanto, anche per far fronte all'emergenza Covid-19 e prevenire il contagio nei luoghi di lavoro, il Governo, lungi dall'intervenire direttamente, ha incentivato lo strumento della concertazione tra le parti sociali, limitandosi poi a dettare solo alcune norme "minime" ed a fare propri i risultati di tale auto-regolamentazione. Il mondo del lavoro è stato – infatti – direttamente coinvolto nella individuazione e definizione di procedure concordate e di misure precauzionali funzionali a garantire alle attività produttive non sospese (durante il periodo di lockdown) ed a quelle autorizzate alla ripresa (durante la citata fase 2), il riavvio dei processi produttivi in condizioni di sicurezza idonee ad evitare un aggravamento del rischio di contagio¹³.

Da qui, un profluvio di protocolli condivisi tra le parti pubbliche e private, tutti volti a disciplinare e ad introdurre misure per contrastare e contenere la diffusione del virus negli ambienti lavorativi.

Sinteticamente. Il d.p.c.m. dell'11 marzo 2020 ha raccomandato l'assunzione di «protocolli di sicurezza anti-contagio» ed ha fornito alcune prime indicazioni ai datori di lavoro circa l'organizzazione dell'attività aziendale, tra cui il rispetto della «distanza interpersonale di un metro», l'adozione di «strumenti di protezione individuale», la limitazione degli «spostamenti all'interno dei siti ed il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni» e la «sanificazione dei luoghi di lavoro».

Le prospettazioni del suddetto d.p.c.m. sono state trasfuse nel protocollo del 14 marzo 2020, sottoscritto tra le parti sociali, il quale ha assunto pieno valore normativo per l'effetto del d.p.c.m. del 22 marzo 2020.

¹¹ Critico, G. FLORA, "COVID REGIT ACTUM". Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli"?) ai principi costituzionali, in Riv. Penale Diritto e Procedura, 2020, 5. Così anche M. LUCIANI, Il sistema del diritto delle fonti alla prova dell'emergenza, in Riv. Associazione Italiana Costituzionalisti, 2020, 2, 109 ss.; V. BALDINI, *Lo stato costituzionale di diritto all'epoca del coronavirus*, in dirittifondamentali.it, 2020, 1, 10 marzo 2020; G. BATTARINO, Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale, in Questione Giustizia, 1° marzo 2020.

¹² A. CULOTTA, M. DI LECCE, G. COSTAGNOLA, Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro, Milano, 1998, 152; F. DI CERBO, Normativa antinfortunistica e sicurezza del lavoro: dai decreti del 1955 e del 1956 al decreto legislativo 626/1994, in LPO, 1996, 1258 e ss.; V. TORRE, La valutazione del rischio ed il ruolo delle fonti private, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, Diritto penale della sicurezza sul lavoro, Bologna, 2016, 38.

¹³ L. GESTRI, Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?, in Sistema Penale, 26 giugno 2020.

Tale protocollo, poi integrato il 24 aprile, ha regolato la fase 1 dell'emergenza offrendo indicazioni operative per contrastare l'epidemia ed assicurare le condizioni di salubrità e sicurezza degli ambienti di lavoro. Lo stesso, infatti, nella propria iniziale formulazione, prospettava «la prosecuzione delle attività produttive [...] solo in presenza di condizioni che assicurino alle persone che lavorano adeguati livelli di protezione» ed impegnava le imprese a favorire «il massimo utilizzo [...] di modalità di lavoro agile per le attività che possono essere svolte al proprio domicilio o in modalità a distanza»; nel caso in cui non potesse esservi una sostanziale interruzione dell'attività lavorativa, lo stesso prevedeva che la prosecuzione delle attività dovesse avvenire solo nel rispetto di specifici «protocolli di sicurezza anti-contagio e, laddove non fosse possibile rispettare la distanza interpersonale di un metro come principale misura di contenimento, con adozione di strumenti di protezione individuale». Alla luce delle disposizioni ivi previste, l'eventuale rischio di contagio "consentito" era quindi – esclusivamente – quello ineliminabile, pur avendo adottato "adeguati" livelli di protezione¹⁴.

Il protocollo del 14 marzo, come detto, è stato integrato il 24 aprile 2020¹⁵. Sul piano dei contenuti, il nuovo protocollo non intende sostituire il precedente, ma solo dettagliarne alcuni aspetti. Le misure di contenimento spaziano ora da quelle volte a contingentare le presenze entro i luoghi di lavoro (si pensi all'incremento del ricorso al "lavoro agile" e "a domicilio" con modalità "a distanza", all'incentivazione delle ferie e dei congedi, alla sospensione delle attività dei reparti non indispensabili alla produzione), a quelle concernenti il distanziamento interpersonale oppure i dispositivi di protezione individuale. Vengono poi indicate ulteriori misure di precauzione, fermo restando il richiamo al governo del rischio rimesso al datore di lavoro: il protocollo infatti – afferma che cautele ivi previste devono essere integrate con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della specifica organizzazione aziendale per tutelare la salute dei lavoratori e garantire un ambiente di lavoro salubre. Tali misure riguardano: 1) l'informazione nei confronti dei lavoratori circa le disposizioni finalizzate a contenere il rischio del contagio; 2) le modalità di ingresso in azienda; 3) le modalità di accesso dei fornitori esterni dirette a ridurre le occasioni di contatto con il personale; 4) la pulizia e la sanificazione dei locali dell'azienda; 5) l'adozione di precauzioni igieniche personali; 6) la predisposizione e la adozione dei dispositivi di protezione individuale; 7) la gestione degli spazi comuni; 8) l'organizzazione aziendale; 9) l'ingresso ed uscita dei dipendenti; 10) gli spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione; 11) la gestione di una persona sintomatica in azienda; 12) la sorveglianza sanitaria; 13) l'aggiornamento del protocollo di regolamentazione¹⁶.

L'insieme dei protocolli, allegati al successivo d.p.c.m. del 26 aprile 2020, e le misure in esso previste, hanno realizzato un vero e proprio micro-sistema in materia di salute e sicurezza sul lavoro, che si caratterizza per la presenza sia di disposizioni specifiche –

¹⁴ Così, D. CASTRONUOVO, I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali, in Legislazione Penale, 10 maggio 2020.

¹⁵ S. DOVERE, La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19, in Giustizia insieme, 4 maggio 2020; L. ROCCHI, M. VALLI, Covid-19 e protocolli "Fase 2": come gestire il rapporto di lavoro e le regole sulla sicurezza, in Ipsoa, 12 maggio 2020.

¹⁶ Significative, sul punto, le disposizioni tecniche redatte dall'INAIL il 23 aprile 2020. Con tale documento, approvato dal Comitato Tecnico Scientifico istituito presso la Protezione Civile, l'Ente prevenzionistico ha fornito indicazioni mirate ad affrontare la graduale ripresa in sicurezza delle attività produttive e a garantire adeguati livelli di tutela della salute per i lavoratori.

AMBIENTEDIRITTO	

come ad esempio quelle attinenti alla certificazione della avvenuta "negativizzazione" al tampone degli eventuali dipendenti contagiati, alla collaborazione fra appaltatori e committenti ed all'impiego di detergenti per le mani – sia di previsioni che, nell'ottica di una completa riorganizzazione dell'attività dell'azienda, mirano ad evitare il concentramento di persone all'interno degli stessi locali e finanche i casi di accesso o di uscita delle medesime strutture¹⁷.

Da tale breve disamina emerge come il Governo, nel tentativo di venire in contro alle peculiarità delle singole realtà imprenditoriali, abbia previsto regole cautelari elastiche e flessibili, che rendono possibile un loro concreto adattamento alle specifiche situazioni fattuali. Non a caso tali regole – nonostante il *nomen iuris* che potrebbe indurre a ritenere integrata, in caso di inottemperanza, un'ipotesi di colpa specifica – vengono definite dai medesimi protocolli come semplici "linee guida", le quali lasciano quindi ai datori di lavoro ampi margini di discrezionalità e spesso prospettano diverse possibili opzioni, variamente contemplabili e cumulabili tra loro. Basti, ad esempio, pensare alla già menzionata possibilità per le singole aziende di integrare le misure previste dal protocollo del 24 aprile con altre equivalenti o più incisive, secondo le peculiarità della propria organizzazione e previa consultazione delle rappresentanze sindacali.

3. Il ruolo del datore di lavoro nella prevenzione del contagio.

Ogni ambiente lavorativo può esporre coloro che vi operano ai rischi più vari. D'altronde, proprio il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell'idea di rischio, che il sistema giuslavoristico mira governare. Anche se il rischio in ambito lavorativo è – categorialmente – unico, esso – concretamente – si declina nelle più diverse forme in relazione alle differenti situazioni lavorative, determinando diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità chiamate a governare quel rischio¹⁸.

Così, anche la ripresa delle attività produttive dopo il periodo di *lockdown* – ovvero la loro prosecuzione durante la prima fase dell'emergenza – ha esposto e tuttora espone i lavoratori al rischio di contrarre il virus che, diffondendosi più alacremente negli spazi chiusi ed in presenza di contatti ravvicinati tra individui, rende i luoghi di lavoro – contraddistinti proprio dalla concentrazione di lavoratori in spazi circoscritti – la principale sede di contagio. Da qui, quindi, la necessità di adottare misure ad hoc, volte ad evitare che sui luoghi di lavoro possano verificarsi focolai epidemici.

Tali obblighi gravano, in primis, sul datore di lavoro, il quale, da un lato, è il principale possibile offensore del bene giuridico protetto, dall'altro, riveste il ruolo di garante dell'interesse tutelato, in quanto titolare di un potere di controllo sulla fonte del pericolo. Ed invero, sebbene il d. lgs. 81/2008 (c.d. Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro), abbia affiancato al datore di lavoro altri soggetti nella veste di garanti della

¹⁷ Ai protocolli di carattere generale, se ne sono affiancati altri, specifici e proliferati a livello nazionale nei diversi settori lavorativi per iniziativa delle singole parti sociali. Così, ex multis, il "Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri", siglato il 24 aprile 2020; "Misure di prevenzione, contrasto e contenimento della diffusione del virus Covid-19 per garantire l'erogazione dei servizi del settore bancario ai sensi del DPCM 26 aprile 2020", siglato il 28 aprile 2020; il "Protocollo condiviso del settore moda. Regolamentazione delle misure di contrasto e contenimento del contagio Covid-19 nelle imprese del settore moda", siglato il 2 maggio 2020.

¹⁸ Così, Cass. pen., Sez. Unite, sent. 24 aprile 2014 (dep. 18 settembre 2014), n. 38343.

sicurezza, alcuni doveri di carattere generale permangono solo in capo a tale primo soggetto.

Tra questi, ad esempio, l'obbligo esclusivo del datore di lavoro di adottare le misure generali di tutela volte alla «valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza, alla programmazione della prevenzione, l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico» ed a garantire «il controllo sanitario dei lavoratori» (art. 15 d. lgs. 81/2008)¹⁹ oppure di valutare tutti i rischi connessi all'attività lavorativa (art. 17 comma 1 lett. a) d. lgs. 81/2008) ed – ai sensi dell'art. 28 del d. lgs. 81/2008 – adottare il Documento di Valutazione dei Rischi (DVR). A tale ultimo riguardo, il datore di lavoro, avvalendosi della consulenza del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, ha l'obbligo giuridico di analizzare ed individuare – in base alla propria esperienza ed alla migliore evoluzione della scienza tecnica - tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda ed – all'esito – redigere il DVR, che deve essere periodicamente sottoposto ad aggiornamento e deve indicare le misure precauzionali ed i dispositivi di protezione individuale da adottare per proteggere la salute dei lavoratori e permettere loro di lavorare in sicurezza. Così, nel quadro dell'emergenza Covid-19, il datore di lavoro è chiamato ad aggiornare il DVR e ad effettuare una valutazione specifica del rischio epidemico. Un tale obbligo trova il proprio fondamento nella previsione dell'art. 29, comma 3, d. lgs. 81/2008, secondo il quale «la valutazione dei rischi deve essere immediatamente rielaborata [...] in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori». E ciò è necessario sia per quelle realtà lavorative in cui i lavoratori sono esposti ad un maggior rischio in conseguenza di contatti diretti con il virus o con altri agenti biologici (si pensi, ad esempio, al settore sanitario o alle attività svolte nei laboratori scientifici, in cui -

¹⁹ Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 15 t.u.s.l., 1. Le misure generali di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro sono: a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e sicurezza; b) la programmazione della prevenzione, mirata ad un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente e dell'organizzazione del lavoro; c) l'eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico; d) il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro, nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo; e) la riduzione dei rischi alla fonte; f) la sostituzione di ciò che è pericoloso con ciò che non lo è, o è meno pericoloso; g) la limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio; h) l'utilizzo limitato degli agenti chimici, fisici e biologici sui luoghi di lavoro; i) la priorità delle misure di protezione collettiva rispetto alle misure di protezione individuale; 1) il controllo sanitario dei lavoratori; m) l'allontanamento del lavoratore dall'esposizione al rischio per motivi sanitari inerenti la sua persona e l'adibizione, ove possibile, ad altra mansione; n) l'informazione e formazione adeguate per i lavoratori; o) l'informazione e formazione adeguate per dirigenti e i preposti; p) l'informazione e formazione adeguate per i rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; q) le istruzioni adeguate ai lavoratori; r) la partecipazione e consultazione dei lavoratori; s) la partecipazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; t) la programmazione delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, anche attraverso l'adozione di codici di condotta e di buone prassi; u) le misure di emergenza da attuare in caso di primo soccorso, di lotta antincendio, di evacuazione dei lavoratori e di pericolo grave e immediato; v) l'uso di segnali di avvertimento e di sicurezza; z) la regolare manutenzione di ambienti, attrezzature, impianti, con particolare riguardo ai dispositivi di sicurezza in conformità alla indicazione dei fabbricanti. 2. Le misure relative alla sicurezza, all'igiene ed alla salute durante il lavoro non devono in nessun caso comportare oneri finanziari per i lavoratori.

quindi – esiste a priori un rischio biologico di tipo professionale)²⁰ sia per quelle attività in cui il rischio è solo potenziale od occasionale. Una tale conclusione, quantomeno in un primo momento, non è stata però univocamente condivisa²¹. Soprattutto nella fase iniziale dell'emergenza, è stato infatti escluso che il datore dovesse aggiornare DVR. Ed invero, se si considera il possibile contagio da Covid-19 come un rischio esogeno, al quale è cioè esposta l'intera collettività e non solo i singoli lavoratori (i quali vi sono esposti solo in quanto membri di una comunità e non in ragione della mansione svolta), esso non dovrebbe rientrare tra i rischi oggetto di specifica valutazione (e che quindi richiedono un aggiornamento del DVR) dal momento che devono essere presi in considerazione solo i rischi professionali propri della specifica organizzazione lavorativa. Così opinando, il datore di lavoro non sarebbe chiamato, dinnanzi all'emergenza Covid-19, a porre mano al documento²².

La prospettazione maggiormente condivisibile, invece, parte dall'assunto che il rischio di contagio da Covid-19 sia un rischio endogeno, e – quindi – costituisca uno specifico rischio lavorativo che può manifestarsi in un qualsiasi ambiente di lavoro. A mero titolo esemplificativo, esso può scaturire dai contatti che avvengono nei luoghi di lavoro, sia tra i dipendenti sia tra questi ultimi e persone "esterne" alla struttura aziendale (oltre che, ovviamente, ai contatti che avvengono aliunde); trattasi, dunque, di un rischio che coinvolge l'organizzazione dell'attività produttiva latu sensu intesa e – come tale – deve essere sottoposto ad una specifica valutazione. Devono, infatti, essere oggetto di analisi non solo quei rischi che derivano direttamente dall'attività lavorativa – e cioè dalle caratteristiche, condizioni e modalità della stessa, dai prodotti impiegati, dai macchinari e dagli strumenti utilizzati, dall'esposizione che essa determina ad agenti esterni – ma anche quelli che originano "nel corso" l'attività stessa, tra cui vi è anche il rischio di contagio. Orbene, qualunque rischio che afferisca all'attività lavorativa, nel senso che derivi direttamente da essa o sia comunque connesso al tempo ed al modo in cui l'attività viene espletata, deve essere valutato dal datore di lavoro.

E si badi. Nell'attuale contesto epidemiologico, tutte le attività lavorative possono presentare dei margini di rischio in passato inesistente (salvo che non si tratti di attività in cui vengono impiegati o si è a contatto con agenti biologici), quindi, tutte, richiedono che venga preso in specifica considerazione anche il rischio di contagio da Covid-19. Una simile valutazione deve riguardare sia quei lavori che comportano un frequente contatto con il pubblico (ad esempio, supermercati, banche, farmacie, trasporti, ecc.) sia quelli in cui le relazioni interpersonali sono di solito inesistenti²³.

Ma v'è di più. Il datore di lavoro che si avvalga di imprese appaltatrici per lo svolgimento della propria attività deve aggiornare ed integrare anche il documento unico di valutazione dei rischi da interferenza (DUVRI). Così, il datore di lavoro committente sarà tenuto ad aggiornare tanto il DVR quanto il DUVRI²⁴, per elidere i rischi che possono sorgere dall'interferenza tra l'impresa appaltante e l'impresa

²⁰ A. ISOLDI- D. POLIDORI, Prime riflessioni sulla necessità che l'Odv chieda al datore di lavoro di integrare il documento di valutazione dei rischi a fronte del Covid-19, in Rivista231, marzo 2020.

²¹ Le due tesi vengono esposte da S. DOVERE, Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi, in Giustizia Insieme, 22 aprile 2020.

P. Pascucci, Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020, in Diritto della Sicurezza sul Lavoro, 2020, 1, 129.
 G. DE FALCO, Salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da covid-19, in Giustizia Insieme, 22 aprile 2020.

AMBIENTEDIRITTO	

appaltatrice o – quantomeno – per cercare di ridurli al minimo. Il rischio Covid-19 rientra insomma fra i rischi da interferenza: il virus potrebbe essere messo in circolazione nel luogo di lavoro del committente dall'appaltatore, per il tramite dei propri dipendenti, oppure – viceversa – questo potrebbe già essere presente nel luogo di lavoro dell'appaltante ed infettare i dipendenti esterni. Pertanto, laddove dovranno avere accesso ai luoghi di lavoro dipendenti esterni, sarà necessario aggiornare/integrare il DUVRI, che costituisce appunto il documento volto a gestire il pericolo di contatti rischiosi tra il personale del committente e quello dell'appaltatore.

Infine, in tale peculiare situazione emergenziale, il datore di lavoro ha anche l'obbligo di informare e formare (artt. 36 e 37 d. lgs. 81/2008) i propri dipendenti sui rischi lavorativi connessi al dilagare dell'epidemia e sulle misure atte ad impedire il contagio. Il garante deve quindi porre in essere una specifica formazione – financo un vero e proprio addestramento – dei propri dipendenti, per scongiurare il rischio di infezioni nell'ambiente di lavoro (si pensi, ad esempio, ad una specifica formazione per l'uso corretto dei nuovi DPI). Peraltro, aver reso edotti i lavoratori sui rischi connessi a tale nuovo agente patogeno ed aver fornito loro i dispositivi da adottare per scongiurare simili epiloghi, potrà sollevare il datore di lavoro da eventuali responsabilità in presenza di eventi avversi²⁵.

4. Sulla equiparazione del contagio da Covid-19 all'infortunio sul lavoro.

Secondo l'art. 42 del decreto-legge 17 marzo 2020 n. 18, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19" (meglio noto come d. l. "Cura Italia", poi convertito nella legge 27/2020), laddove si accerti che l'infezione da Covid-19 sia avvenuta «in occasione di lavoro [...] il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'INAIL che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato» ²⁶. Con tale disposizione, dunque, il Governo ha equiparato – ai soli fini assicurativi – il contagio da Covid-19 all'infortunio sul lavoro²⁷, individuando, così, la causa violenta, necessaria per qualificare un evento

²⁴ La redazione DUVRI è obbligatoria ed è imposta al datore di lavoro committente dall'articolo 26 del D. Lgs 81/2008.

²⁵ F. COMPAGNA, La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020, cit.

²⁶ L'art. 42, continua, asserendo che «le prestazioni INAIL nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi infortunistici gravano sulla gestione assicurativa e non sono computati ai fini della determinazione dell'oscillazione del tasso medio per andamento infortunistico di cui agli articoli 19 e seguenti del Decreto Interministeriale 27 febbraio 2019. La presente disposizione si applica ai datori di lavoro pubblici e privati». La ratio di tale disposizione va ravvisata nell'intento del Governo di fornire tutela (anche) assicurativa a coloro che avranno contratto l'infezione da Covid-19.

²⁷ La nozione di infortunio- contraddistinta da un evidente approccio finalistico – si rinviene nel D.P.R. 1124/1965. All'art. 2, viene definito infortunio un evento «occorso per causa violenta in occasione del lavoro dal quale sia derivata la morte del lavoratore, un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale o un'inabilità temporanea assoluta che comporti l'astensione dal lavoro per più di tre giorni». La causa violenta consiste «in un evento che con forza concentrata e straordinaria agisca, in occasione di lavoro, dall'esterno verso l'interno dell'organismo del lavoratore, dando luogo ad alterazioni lesive» (Cass., 30 agosto 2010, n. 18852; Cass., 26 maggio 2006, n. 12559). Trattasi, cioè, di un fattore che opera esternamente

А	MBIENTEDIRITTO

lesivo occorso sul luogo di lavoro come infortunio, nell'azione di un virus, suscettiva di penetrare nell'organismo in maniera rapida e concentrata²⁸.

Se la *ratio* della norma è da ravvisarsi nell'intenzione di disciplinare, in senso – peraltro – favorevole sia al lavoratore che agli imprenditori²⁹, i profili assicurativi correlati al contagio da coronavirus, la norma, in ragione della propria formulazione, ha invece fatto sorgere in capo ai datori di lavoro il timore che l'equazione *malattia da Covid* = *infortunio sul lavoro*³⁰ potesse portare ad un ampliamento della loro responsabilità penale.

Da qui i non pochi solleciti volti a ripensare il dettato di cui all'art. 42 per dare ai datori di lavoro – chiamati a far ripartire (ovvero a proseguire) le proprie attività lavorative in un contesto ancora connotato dalla presenza imperante del virus – uno "scudo"³¹ in grado di tutelarli da possibili responsabilità penali. L'incertezza che perdura sulle caratteristiche del virus e sulle sue modalità di diffusione impone, infatti, in capo al datore di lavoro nella gestione della propria attività, di governare un rischio nuovo ed eterogeneo rispetto alla attività lavorativa, la cui presenza complica – e di non poco – la ripresa della produzione.

Così, il rapporto "Iniziative per il rilancio dell'Italia 2020-2022", redatto dal Comitato di esperti in materia economica e sociale, al punto 1.i – preso atto che il possibile riconoscimento del contagio da Covid-19 quale infortunio sul lavoro potrebbe porre «un problema di eventuale responsabilità penale del datore di lavoro che, in molti casi, si può trasformare in un freno per la ripresa delle attività» – suggerisce che l'adozione e «l'osservanza dei protocolli di sicurezza, predisposti dalle parti sociali (da quello nazionale del 24 aprile 2020 a quelli specificativi settoriali, ed eventualmente integrativi territoriali)», possa costituire adempimento integrale dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 del codice civile³². Al fine di tranquillizzare i datori di lavoro dal rischio di una "iperpenalizzazione"³³ in ambito infortunistico, anche l'INAIL, con la circolare 20 maggio 2020, n. 22, ha specificato che la responsabilità del datore di lavoro è ipotizzabile solo «in caso di violazione della legge o di obblighi derivanti dalle conseguenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei

con una azione intensa e concentrata nel tempo, la cui rapidità distingue l'infortunio sul lavoro dalla malattia professionale, che è, invece, provocata da una "causa lenta".

²⁸ Così, Cass. civ., Sez. lavoro, 7 febbraio 2020, (dep. 26 maggio 2006), n. 12559, secondo cui rientra nella nozione di causa violenta anche un agente lesivo, presente nell'ambiente di lavoro in modo esclusivo o in misura significativamente superiore rispetto all'ambiente esterno, il quale produca un abbassamento delle difese immunitarie del lavoratore.

²⁹ Per quanto riguarda i lavoratori, è maggiormente agevole accertare un infortunio piuttosto che la malattia professionale, quanto agli imprenditori, l'infortunio non viene computato ai fini della determinazione del costo assicurativo in capo al datore di lavoro. Così R. RIVERSO, Vero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali, previdenziali, in Questione Giustizia, 19 maggio 2020; D. AMATO, Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?, cit.

³⁰ C. CUPELLI, Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?, in Sistema Penale, 15 giugno 2020.

³¹ L'espressione, volutamente enfatica, richiama la locuzione "scudo penale" a cui si fa spesso – impropriamente – ricorso per descrivere quegli interventi normativi volti ad assicurare una esplicita esenzione da responsabilità penale.

³² Il rapporto è stato presentato al Presidente del Consiglio, Giuseppe Conte, il 9 giugno 2020 dal Comitato di esperti in materia economica e sociale, presieduto da Vittorio Colao.

³³ L'espressione è di C. CUPELLI, Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?, cit.

AMBIENTEDIRITTO	

protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'art. 1, comma 14, del decreto legge 16 maggio 2020, n. 22» e che «il riconoscimento del diritto alle prestazioni da parte dell'istituto non può assumere rilievo per sostenere l'accusa in sede penale, considerata la vigenza del principio di presunzione di innocenza nonché dell'onere della prova a carico del pubblico ministero».

Per tali ragioni, nel corso dell'esame in sede referente del disegno di legge di conversione del decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), poi convertito nella legge 5 giugno 2020, n. 40, è stato introdotto nel corpo normativo l'art. 29-bis, recante "Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da Covid-19", il quale – testualmente – stabilisce che «ai fini della tutela contro il rischio da contagio da Covid-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'art. 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali e successive modificazioni e integrazioni e negli altri protocolli e linee guida di cui all'art.1 comma 14 del decreto-legge 16 maggio 2020 n. 33 nonché mediante l'adozione ed il mantenimento delle misure ivi previste³⁴».

In altri termini, ai sensi dell'art. 29-bis legge 40/2020, l'applicazione ed il rispetto di protocolli condivisi, generali o settoriali, vale come adempimento dell'obbligo generale di sicurezza ex art. 2087 c.c. gravante sul datore di lavoro. Resta poi ferma la possibilità che il datore si discosti dalla regola positivizzata laddove dimostri che la misura alternativa adottata sia di eguale o persino di maggiore efficacia per scongiurare l'evento-contagio³⁵ rispetto a quella indicata nei suddetti protocolli.

4.1. (seque) Il ruolo dell'art. 29-bis legge 40/2020.

L'obbiettivo che il legislatore intende perseguire con l'art. 29-*bis* 1. 40/2020 è chiaro: circoscrivere l'operatività della colpa generica, che trova nell'ambito della salute e sicurezza sul lavoro il proprio riferimento nell'art. 2087 del codice civile.

L'art. 2087 c.c., infatti, attribuisce all'imprenditore l'obbligo di adottare nell'esercizio dell'impresa tutte quelle «misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro». La norma ha però connotati ampi ed indeterminati: essa si limita ad individuare il soggetto su cui grava la tutela (l'imprenditore) ed i destinatari di tale protezione (i prestatori di lavoro), senza tratteggiare la condotta che deve essere tenuta ed i poteri impeditivi del garante per proteggere i propri dipendenti.

L'elasticità della disposizione ha portato ad interpretazioni parimenti elastiche da parte della giurisprudenza, la quale se ne è servita per estendere la portata della posizione di garanzia gravante sui datori di lavoro. Così, da elemento strutturale della responsabilità omissiva, fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento *ex* art. 40, comma 2, c.p., questa norma è stata interpretata, nella prassi giurisprudenziale, come la più profonda radice degli obblighi prevenzionali, fonte di un dovere di diligenza tanto ampio quanto indeterminato, su cui basare la contestazione residuale di colpa generica

³⁴ Trattasi delle Linee guida per la riapertura delle Attività Economiche, Produttive e Ricreative, adottate dalla Conferenza Stato Regioni ed aggiornate in data 9 giugno 2020.

³⁵ Sul punto, V. MONGILLO, Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus, in. Sistema Penale, 2020, 6, 352 e ss.

anche in assenza di violazioni di doveri preventivo-cautelari espressamente positivizzati dall'ordinamento giuridico³⁶. Lo dimostra l'orientamento giurisprudenziale in tema di infortuni sul lavoro, ad avviso del quale per muovere addebiti al datore di lavoro non occorre che vengano violate specifiche norme dettate per la prevenzione degli infortuni stessi, «essendo sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa dell'omessa adozione di quelle misure ed accorgimenti imposti all'imprenditore dall'art. 2087 c.c. ai fini della più efficace tutela del dell'integrità fisica del lavoratore»³⁷.

In questo senso, il richiamo che l'art. 29-bis fa all'art. 2078 c.c. palesa l'intento legislativo di fissare la misura della diligenza richiesta al datore di lavoro entro i limiti segnati da misure preventive condivise ed elaborate alla luce della miglior scienza ed esperienza al momento vigente, al fine poi di evitare che, nel corso di un futuro accertamento giudiziale per contagio da Covid-19 avvenuto nonostante l'adozione delle misure protocollari stabilite, possa residuare una sua responsabilità per colpa, fondata sulla cautela generale di cui all'art. 2087 del codice civile. Se chiare e condivisibili sono le intenzioni del legislatore, meno nitida però è la capacità di una simile norma di raggiungere – in concreto – gli auspicati obiettivi. La disposizione di cui all'art. 29-bis, indubbiamente simbolica, non introduce né una causa di giustificazione, né una causa di non punibilità, ma la sola pedissequa conferma ed esplicitazione della doverosa applicazione dei principi già insiti nel diritto penale positivo.

Essa, in altri termini, si limita a garantire agli imprenditori, per eventuali addebiti a titolo di responsabilità penale colposa, di essere «giudicati al parametro ed al perimetro di regole cautelari [...] definite e riconoscibili»³⁸. La stessa va quindi considerata quale norma di indirizzo, diretta a ricordare all'interprete che – in relazione ai fatti verificatesi in tale peculiare contesto emergenziale – dovranno trovare applicazione le regole cautelari vigenti in questo dato momento e non quelle che, ex post, dovessero apparire più efficaci. La norma, poi, suscita diverse perplessità, legate alla sua effettiva capacità di conseguire i fini perseguiti. Valgano allora sul punto le seguenti schematiche considerazioni.

Se, in forza dell'art. 29-bis, si volesse ritenere che l'obbligo prevenzionistico richiesto al datore di lavoro venga assolto dall'adozione dei citati protocolli, a rigore è proprio a tali protocolli ed a ciò che è ivi previsto che si deve guardare per individuare il comportamento da tenere per andare esente da colpa³⁹. Senonché, tali protocolli

³⁶ D. MICHELETTI, I reati propri del datore di lavoro, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI, Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro, Milano, 2010, 209 ss.; V. TORRE, La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private, in D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, Diritto penale della sicurezza sul lavoro, Bologna, 2016, 58 ss.; C. CUPELLI, Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?, cit

³⁷ Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2015 (dep. 26 novembre 2015), n. 46979, rv. 265052, in CED Cassazione, 2015.

³⁸ Così, critica, O DI GIOVINE, Coronavirus, diritto penale e responsabilità degli enti datoriali, in Sistema Penale, 22 giugno 2020. Secondo l'Autrice, la norma «non ritocca la teoria della colpa. Non incide sulla tipicità dei reati (neppure menziona la materia penale) Non modifica assetti di tutela preesistenti: tantomeno quello del T.U. 81/2008 i cui contenuti – al limite – specifica per relationem. [...] non assurge nemmeno a regola di giudizio». Di tale avviso, con toni meno forti, anche C. CUPELLI, Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?, cit.

³⁹ Come detto, l'art. 29-bis, richiama infatti il protocollo generale del 24 aprile 2020, quelli previsti dall'art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, il quale contempla un novero di protocolli nazionali e regionali "aperto", ed altresì i «protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali

affiancano a cautele rigide altre disposizioni dai contenuti elastici e meramente orientativi. Pertanto, la garanzia di cui all'art. 29-bis potrebbe vacillare dinnanzi al carattere "labile" di alcune prescrizioni cautelari contenute nella normativa emergenziale ed alla necessità di concretizzare ed individualizzare il giudizio sulla colpa datoriale⁴⁰.

Dinnanzi a regole vaghe, resta fermo il libero e discrezionale apprezzamento del giudice sia circa la scelta del protocollo maggiormente confacente allo specifico ambito lavorativo sia sulla corretta attuazione, nello specifico contesto produttivo, dei protocolli indicati.

Ne consegue che, anche se venissero rispettate tutte le previsioni contenute nella legge e nei protocolli, il datore di lavoro potrebbe comunque essere penalmente rimproverato per non aver fatto di più, nel caso in cui, in concreto, un maggior rischio fosse per lui (soggettivamente) prevedibile ed evitabile (evenienza che pur inverosimile, non può essere negata in linea teorica).

L'applicazione delle prescrizioni, quindi, non esaurisce il novero delle cautele ipotizzabili e delle imputazioni colpose addebitabili al datore di lavoro. A prescindere dal dato normativo, nell'esperienza pratica non ci si potrà infatti esimere dall'accertare un "residuo" di colpa generica, che potrebbe derivare tanto dalla fisiologica elasticità di alcune prescrizioni quanto dalla necessità di un loro adeguamento allo specifico caso concreto⁴¹.

Del resto, come anticipato, la disposizione di cui all'art. 29-bis non esclude tout court la responsabilità del datore di lavoro per il contagio: resterà sempre la possibilità che, dopo aver accertato la effettiva idoneità tecnica e strutturale delle procedure normativamente previste, si ritenga che le stesse non siano state però efficacemente attuate alla luce della concreta situazione aziendale. Se il rispetto da parte dell'imprenditore delle prescrizioni imposte può portare all'assolvimento dell'obbligo ex art. 2087 c.c., ciò non può escludere – quantomeno astrattamente – che si ravvisi la violazione di ulteriori disposizioni, la cui inosservanza potrebbe parimenti determinare profili di penale responsabilità in capo ai datori di lavoro.

Last but non least, l'art. 29-bis richiama espressamente i soli obblighi gravanti sul datore di lavoro: restano – in astratto – assoggettate a responsabilità penale le altre figure di garanti tipizzati dal t.u.s.l., come – ad esempio – i medici, per i profili di sorveglianza sanitaria, i dirigenti, per gli aspetti di esecuzione delle direttive datoriali sul versante dell'organizzazione dell'attività lavorativa e della vigilanza sulla medesima, ed i preposti, per quanto concerne la sorveglianza sul rispetto da parte dei lavoratori delle misure e degli accorgimenti dettati nel protocollo aziendale anticontagio⁴².

comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

⁴⁰ Le espressioni sono di M. SCOLETTA, Il *position paper* di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni, in Sistema Penale, 22 giugno 2020.

⁴¹ C. CUPELLI, Obblighi datoriali di tutela contro il rischio da contagio COVID-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?, cit.

⁴² Per un più approfondito esame, V. MONGILLO, Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus, cit.

AMBIENTEDIRITTO	

5. L'accertamento della responsabilità penale individuale per la morte o le lesioni conseguenti al contagio da Covid-19.

Nel caso in cui un lavoratore si ammali di Covid nello svolgimento della propria attività lavorativa, in conseguenza della mancata adozione da parte del datore di lavoro delle cautele imposte, si potrebbe dover accertare la responsabilità penale (colposa) di questo ultimo per la malattia-infortunio (art. 590 c.p.) o – financo – per la morte (art. 589

c.p.) del proprio dipendente.

Una simile contestazione è però alquanto problematica. Difatti, affinché al datore di lavoro possano essere ascritte simili imputazioni occorre dimostrare, sul piano della tipicità: a) che vi sia stata una condotta colposa (commissiva o omissiva); b) che – in caso di reato omissivo – il soggetto rivestisse al momento del contagio una posizione di garanzia fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi per impedire infausti eventi; c) che vi sia stato nesso di causa tra l'azione o l'omissione dell'agente e l'infezione da Covid-19; sul piano soggettivo: 1) che si sia concretizzato il rischio che la regola cautelare mirava ad evitare; 2) che il comportamento lecito prescritto, se posto in essere, avrebbe impedito l'evento (c.d. causalità della colpa).

Non v'è dubbio che il datore di lavoro sia gravato da una posizione di garanzia. Essa discende tanto dalla clausola generale di cui all'art. 2087 c.c., quanto dalle disposizioni previste dal d.lgs. n. 81/2008, fra cui, a mero titolo esemplificativo, l'art. 18, che pone a carico del datore di lavoro specifici obblighi (fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale, informare i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione per prevenirlo, eliminarlo o ridurlo, di astenersi dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave e immediato e, dall'altro), e l'art. 271, che impone allo stesso di valutare il rischio biologico⁴³.

Tuttavia, al fianco di regole cautelari rigide, ve ne sono altre che lasciano ampi margini decisori ai datori di lavoro ed ammettono il ricorso ad altre misure equivalenti in ragione delle singole organizzazioni imprenditoriali. La mancata adozione della cautela positivizzata non comporta peraltro un automatico rimprovero del garante, il quale è chiamato a dimostrare che la cautela omessa sia in realtà meno efficace rispetto alla disposizione concretamente adottata ovvero sia priva di idoneità cautelare. La dimostrazione dell'avvenuta violazione (o della mancata adozione) di una regola cautelare diretta a contenere la diffusione del virus non è però sufficiente a fondare addebiti di responsabilità penale in capo al datore di lavoro. Occorre anche accertare il nesso di causalità tra l'azione (o l'omissione) e l'evento e, successivamente, la possibile imputazione dell'evento all'agente (quantomeno) a titolo di colpa. Tali dimostrazioni, nella peculiare situazione emergenziale, rappresentano un ostacolo quasi del tutto insormontabile.

⁴³ L. GESTRI, Il rapporto tra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro? In Riv. Sistema Penale, 6/2020, 294 e ss.

AMBIENTEDIRITTO	

5.1. Sul nesso di causalità.

Come detto, per imputare al titolare della posizione di garanzia l'evento infettante occorre accertare il nesso di causalità tra la condotta e l'evento-contagio. Nel caso di specie, si tratterà principalmente di condotte omissive: si dovrà dunque accertare che la mancata adozione delle dovute cautele abbia determinato l'insorgenza della patologia. Correndo il rischio di apparire didascalici, è opportuno rammentare che in caso di reato omissivo, l'accertamento deve avvenire secondo una indagine che segua un preciso ordine logico-temporale e che individui dapprima le cause materiali dell'evento (c.d. causalità reale), poi l'efficacia inibente dell'azione doverosa omessa (c.d. causalità ipotetica)⁴⁴.

L'accertamento della causalità reale rappresenta quindi il presupposto necessario per espletare ogni successivo accertamento: solo nel caso in cui si riesca ad individuare un rapporto di causalità naturalistica, si potrà ricostruire la causalità ipotetica dell'azione doverosa omessa dal garante, per il cui accertamento occorre valutare se, aggiungendo mentalmente l'azione omessa, sulla base di leggi scientifiche o massime di esperienza, si sarebbe impedito l'evento concreto e quindi il decorso naturalistico che lo ha causat⁴⁵. In altri termini, in caso di contagio da Covid-19 sul luogo di lavoro, sussisterà il predetto nesso eziologico se si riuscirà ad asserire, *in primis*, che il virus sia stato contratto nello svolgimento della specifica attività lavorativa su cui il garante esercita il proprio dominio giuridico-fattuale e, poi, che se fossero state adottate le specifiche cautele richieste secondo la miglior scienza ed esperienza del momento, si sarebbe impedita l'infezione.

Dimostrare però che l'esposizione al virus sia avvenuta, beyond any reasonable doubt, in quello specifico ambiente lavorativo non è agevole dinnanzi ad una malattia dal carattere ubiquitario. Il dipendente potrebbe infatti aver contratto il virus fuori dall'ambiente di lavoro, entrando in contatto con soggetti diversi dai propri colleghi. Se un ausilio ai fini della prova della correlazione tra contagio e lavoro potrebbe trovarsi in specifici dati fattuali – quali, ad esempio: la sequenza temporale dei sintomi del contagio; il numero dei lavoratori risultati positivi al virus, l'assenza di altri contatti interpersonali nel periodo di insorgenza della patologia (circostanza il cui accertamento può aversi, ad esempio, nel caso in cui il lavoratore abbia scaricato le note app volte a tracciare i contatti degli individui⁴⁶); la presenza di oggetti o spazi contaminati nei luoghi di lavoro; le specifiche lavorazioni e mansioni espletate – non v'è chi non veda

⁴⁴ Sulla distinzione tra causalità reale e causalità ipotetica, cfr. M. DONINI, La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio", in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, 75 ss; G. MARINUCCI, Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 523 ss., secondo cui «Ci si può infatti interrogare sulla causalità ipotetica dell'omissione solo dopo aver prima accertato il decorso causale sfociato nell'evento concreto: un 'prima' e un 'poi' imposto da un ovvio ordine logico-temporale: se non si sa 'come sono andate le cose' - quale sia stato il meccanismo di produzione dell'evento concreto verificatosi hic et nunc -, non ci si può interrogare, in via ipotetica, su 'come sarebbero andate le cose' se l'azione omessa fosse stata compiuta»; C.E. PALIERO., Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale, in Riv. it. med. leg., n. 4/2015, p. 1511-1513, S: ZIRULIA, Contrasti reali ed apparenti nella giurisprudenza post Cozzini su causalità ed amianto. Riflessioni per un rinnovato dibattito sul c.d. effetto acceleratore nei casi di morte per mesotelioma, in Riv. it. dir. proc. pen., 3/2019, 1289 e ss.

⁴⁵ Così G. MARINUCCI, Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria, cit; P. VENEZIANI, Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, II, Giuffrè, 2006, 1994 ss; F. VIGANÓ, Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, 4, 1679 ss.

come essi potranno portare ad accertare la causalità reale solo in un numero assai limitato di ipotesi (si pensi al personale di alcune RSA, messosi in autoisolamento, oppure al lavoro dei detenuti negli ambienti penitenziari: casi, questi, in cui il lavoratore è stato in un ambiente chiuso ed ha avuto ridottissimi contatti con l'esterno). Ed invero, nella maggior parte dei casi non si potrà affermare con sufficiente certezza che il contagio sia avvenuto nei luoghi di lavoro nello svolgimento delle mansioni imposte, pertanto il datore di lavoro dovrà andare esente da qualsiasi responsabilità penale per non aver commesso il fatto⁴⁷.

L'accertamento della c.d. causalità reale, provando che il contagio sia avvenuto con una probabilità prossima alla certezza sul luogo di lavoro, rappresenta il primo *step* nell'accertamento del nesso eziologico nei reati omissivi. Laddove questo abbia buon fine, deve essere compiuto un passo successivo per provare la causalità c.d. ipotetica dell'azione impeditiva non compiuta dal garante. In altri termini, sarà necessario constatare se l'adozione delle cautele dirette a contrastare l'insorgere della malattia – invece omesse – avrebbe consentito di evitare la manifestazione della patologia infettiva. Si avrà causalità ipotetica quando, ipotizzando come compiuta l'azione doverosa omessa, ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, si possa concludere, con un elevato grado di credibilità razionale, che l'evento non avrebbe avuto luogo⁴⁸. Perché, però, tale operazione possa essere correttamente svolta, è necessario individuare una legge di copertura scientifica, universale ovvero statistica, in grado di spiegare il verificarsi dell'evento ed escludere l'elevata probabilità logica che detto evento possa essere la conseguenza di altre e diverse cause.

Un simile accertamento, da svolgersi secondo i criteri stabiliti dalla nota sentenza *Franzese*⁴⁹, risulta – nello specifico settore oggetto di attenzione – estremamente

⁴⁶ Trattasi dell'app immuni, scelta dal Governo italiano per il tracciamento dei contagi da coronavirus. Essa utilizza la tecnologia per avvertire gli utenti che hanno avuto un'esposizione a rischio, anche se questi sono asintomatici.

⁴⁷ Si segnala che D. CASTRONUOVO, in I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs modelli precauzionali, in Legislazione Penale, 10 maggio 2020, ha ravvisato uno spiraglio per l'accertamento del nesso di causa – ad oggi ai limiti della fantascienza – nel caso in cui dovessero essere confermati e si dovesse aderire agli studi di alcuni scienziati tedeschi (O. BEHRMANN e M SPIEGEL, COVID-19: from rapid genome sequencing to fast decisions, The Lancet, 14 luglio 2020; L. W. MEREDITH, W.L. HAMILTON ed altri, Rapid implementation of SARS-CoV-2 sequencing to investigate cases of health-care associated COVID-19: a prospective genomic surveillance study, The Lancet, 14 luglio 2020) i quali, per ricostruire la catena di contagi del primo focolaio individuato in Germania (Stockford, Baviera) hanno svolto la propria indagine epidemiologica sia raccogliendo informazioni circa gli spostamenti dei contagiati ed i loro contatti, sia ricorrendo al sequenziamento dei genomi del virus dei vari malati. Se questa possibilità di accertamento dovesse divenire acclarata e se quindi potesse – effettivamente – consentire di capire, considerando le mutazioni virali che si accumulano da un contagio all'altro, chi è stato infettato prima e chi dopo, viene da chiedersi se «le nostre convinzioni più sedimentate in tema di causalità in casi come questi quando si celebreranno i processi per contagio da coronavirus» potrebbero essere riviste.

⁴⁸ L. GESTRI, Il rapporto tra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro, cit.; G. BRIOLA, C. CAPUZZO, La responsabilità penale del datore di lavoro per contagio da Covid-19, in Il Quotidiano Giuridico.

⁴⁹ Cass. pen., SS.UU., 10 luglio 2002, n. 30328, secondo cui Il nesso causale può essere ravvisato quando «alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica - universale o statistica - , si accerti che, ipotizzandosi come realizzata [...] la condotta doverosa impeditiva dell'evento hic et nunc, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva. Non è consentito dedurre

AMBIENTEDIRITTO

complesso. Lo schema *Franzese*, infatti, se rigorosamente applicato, porterà a negare l'elevata probabilità logica che – in una tale situazione – esista un nesso tra condotta ed evento.

Risulta peraltro difficile provare che il decesso o la malattia siano la conseguenza dell'esposizione al virus e non derivino invece da altre patologie cliniche che affliggono il lavoratore. Una simile prova non è agevole da fornire, tenuto conto che – soprattutto in relazione ad eventi accaduti nel primo periodo della pandemia – non sono stati nemmeno eseguiti esami scientificamente idonei a dimostrare i casi di avvenuto contagio.

Ma non basta. L'accertamento dell'evitabilità dell'evento per mezzo dell'osservanza delle regole cautelari richiede generalmente di trovarsi dinanzi a regole impeditive, volte quindi a neutralizzare ogni possibile evento lesivo. Le norme anti-contagio, invece, cristallizzate in testi di fonte legale o aventi matrice protocollare, non azzerano il rischio di contagio sia perché è quasi impossibile elidere un rischio ubiquitario e di difficile percezione sia perché regole particolarmente incisive sulla sfera lavorativa risulterebbero eccessive e potrebbero paralizzare il regolare svolgimento delle attività produttive. In contesti di incertezza scientifica si suole infatti fare ricorso a disposizioni comportamentali – le c.d. regole improprie⁵⁰ – che non annullano il rischio, ma lo riducono ad una soglia ritenuta accettabile⁵¹.

Senonché, di fronte a cautele sostanzialmente inidonee ad eliminare i rischi, dato che richiedono al garante solo di contenerli, viene da chiedersi quale sia il grado di probabilità che occorre raggiungere circa l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito.

In simili casi, l'unica possibilità per muovere imputazioni al datore di lavoro potrebbe allora aversi qualora il giudice – in prospettiva individualizzante calibrata sull'evento concreto verificatosi *hic et nunc* – si trovi in possesso di leggi scientifiche in grado di avvalorare la capacità impeditiva di una cautela solo in una certa percentuale di casi e quindi di pervenire alla prova particolaristica della sicura incidenza della

automaticamente dal coefficiente di probabilità espresso dalla legge statistica la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve verificarne la validità nel caso concreto, sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico è stata condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica". L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio».

⁵⁰ P. VENEZIANI, Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate, Padova, 2003, 13 ss. Secondo l'Autore sono proprie le regole cautelari basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura (con probabilità vicino alla certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento alternativo lecito; sono improprie quelle regole cautelari che, posta la prevedibilità dell'evento, non garantiscono però un azzeramento (o quasi) del rischio, ma solo una diminuzione del medesimo. Ancora, A. CADOPPI, P. VENEZIANI, Elementi di diritto penale, parte generale, Milano, 2012. V. MASULLO, Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente, in Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 17 ss., M. GROTTO, Per una valutazione costituzionalmente orientata della indelegabilità della valutazione dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori, in Cass. Pen., 2016, 5, 2184 e ss.

⁵¹ Lo stesso d. 1. 33/2020, parla espressamente di protocolli ovvero di linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi.

AMBIENTEDIRITTO

condotta inosservante sull'evento concreto non impedito. Ad esempio, in ragione del sapere scientifico oggi esistente circa l'utilizzo delle mascherine per ridurre le probabilità di contagio, pare consolidarsi l'ipotesi secondo cui, anche laddove un soggetto si ammali di Covid, l'adozione della mascherina sia comunque in grado di ridurre la carica virale, intervenendo sul decorso e sulla gravità della patologia. In una simile situazione, potrebbe essere dimostrato che la mancata adozione di tale doverosa cautela abbia concorso a determinare quell'evento concreto, nel senso che esso si sarebbe sì realizzato, ma in forma più lieve o comunque con un conseguenze più favorevoli⁵². In questo caso, il problema probatorio della evitabilità dell'evento infausto verrebbe ridimensionato potendo bastare, ai fini dell'accertamento, che la condotta inosservante abbia semplicemente diminuito le possibilità di non contrarre l'infezione.

Per vero, una simile soluzione non risolverebbe, comunque, il problema iniziale da prendere in esame e cioè la difficile dimostrazione che il contagio è avvenuto in occasione di lavoro, la quale costituirà il principale freno per eventuali imputazioni penali.

Facendo invece ricorso ai criteri sanciti dalla SS. UU. nella citata sentenza *Franzese*, ritenendo quindi che per qualsiasi tipologia di reato colposo di evento (commissivo od omissivo) l'efficienza causale dell'azione penalmente rilevante debba essere accertata con una probabilità confinante con la certezza, il parametro a cui attenersi sarebbe quello dell'alta probabilità logica, il quale però, porterebbe nella maggior parte dei casini forza del principio dell'*in dubio pro reo* – ad escludere la sussistenza del nesso di causa e quindi ad esiti assolutori quasi automatici.

Uno spiraglio nell'accertamento del nesso di causa potrebbe essere offerto dall'adesione a paradigmi ricostruttivi di stampo epidemiologico, a cui la giurisprudenza ricorre per dimostrare il nesso causale in relazione a eventi lesivi subiti da lavoratori esposti a sostanze patogene⁵³. Allorché, in base ad accertamenti attendibili, si riuscisse a dimostrare un eccesso di incidenza della patologia Covid-19 in un determinato contesto lavorativo, identificato come focolaio⁵⁴, si potrebbe tentare di ravvisare la correlazione causale tra la dimostrata inosservanza di protocolli di prevenzione e l'eccesso di morbilità lavorativa. Un tale accertamento richiede però un'estensione significativa del contagio in quel determinato luogo di lavoro, tale da rendere significativa la corte oggetto di studio e da garantire l'integrità dei dati epidemiologici di controllo, che potrebbero tuttavia essere stati raccolti, quantomeno nelle prime settimane dell'epidemia, in modo fortemente frammentario (si pensi, ad esempio, alle modalità con le quali, soprattutto nella prima fase dell'emergenza, sono stati svolti i tamponi, eseguiti in modo non sistematico ed esclusivamente sui soggetti sintomatici).

da Covid avvenute presso il magazzino di una società di e-commerce situato in Corea del Sud.

⁵² Così, V. MONGILLO, Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempo di pandemia, cit.; C. LONGOBARDO, Causalità ed imputazione oggettiva, Napoli, 2011, 405 e ss; M. DONINI, voce Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale), in Enc. Dir., Annali, vol. III, Milano, 635 e ss.

L. MASERA, Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale, Milano, 2007; Id. Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale, in Riv. Trim. Dir. Pen. Cont., 2014, 3-4-, 343 e ss; S. ZIRULIA, Esposizione a sostanza tossiche e responsabilità penale, Milano, 2018.,
 Si pensi ai focolai epidemici sorti presso i magazzini di note aziende di logistica italiane oppure al caso del mattatoio tedesco situato di Tonnies, in cui si sono registrati più di 1500 contagi ed ancora alle infezioni

AMBIENTEDIRITTO	

5.2. Sulla colpa.

Se si riuscisse ad accertare che l'azione (o l'omissione) sono causali rispetto alla verificazione del contagio ed alla conseguente malattia o morte del lavoratore, per poter muovere l'addebito al garante, sarebbe comunque necessario individuare un *quid pluris*, consistente nell'elemento soggettivo del reato, che – con precipuo riguardo al caso di specie – richiede quantomeno la possibilità di muovere un addebito a titolo di colpa.

Anche un simile accertamento risulta, nel contesto emergenziale che ci occupa, difficilmente praticabile, essenzialmente a causa della difficoltà per l'agente reale di conoscere *ex ante* il contenuto della condotta diligente, che porta al rischio, per il giudicante, di incorrere in una valutazione *ex post* alla luce del "senno del poi".

Nei reati colposi la struttura stessa della colpa impone che l'evento derivi dalla violazione di una regola cautelare, fissata al fine di regolamentare il comportamento del garante del rischio (c.d. comportamento alternativo lecito) per prevenire ed evitare il verificarsi dell'evento lesivo, ed altresì che tale inosservanza possa essere rimproverata al soggetto agente, in base un giudizio personalizzato⁵⁵. Dunque, nelle fattispecie colpose di evento (quali le lesioni o l'omicidio) la ricostruzione del dovere di diligenza impone di individuare le regole di comportamento che, se non fossero state violate, avrebbero evitato il verificarsi dell'evento *ex ante* prevedibile ed evitabile.

Il settore della sicurezza del lavoro si caratterizza per la prevalente presenza di regole cautelari formalizzate (c.d. colpa specifica), che trovano il proprio riferimento in diversi testi normativi (tra cui il d. lgs. 81/2008) e che lasciano un ruolo essenzialmente residuale alla colpa generica⁵⁶.

Ciò non esclude, ovviamente, che la colpa generica possa subentrare in luogo di quella specifica tutte le volte in cui gli obblighi prevenzionistici legali vengano superati dal progresso delle conoscenze scientifiche, tecnologiche e nomologiche a causa dell'inerzia del legislatore. Nell'ambito della colpa generica, la regola cautelare nasce dall'esperienza pratica, la quale, da un lato, permette di conoscere le possibili conseguenze dannose che derivano dall'esercizio di una data attività (conseguenze, pertanto, prevedibili), dall'altro, consente di individuare le cautele idonee (se ve ne sono) ad evitare i predetti esiti o – quantomeno – ridurre la probabilità di lesione del bene giuridico protetto. Per valutare la riconoscibilità, *ex ante* del contenuto della condotta diligente si suole fare ricorso al parametro dell'*homo eiusdem condicionis ac professionis*.

Diverse considerazioni valgono per la colpa specifica: essa garantisce maggiore tipicità del fatto e maggiore conoscibilità delle regole cautelari, assicurando inoltre un migliore ordinamento sociale della disciplina dell'attività pericolosa mediante chiare prese di posizione e bilanciamenti da parte del legislatore.

Orbene, nel contesto dell'emergenza pandemica, la sostanziale ignoranza scientifica sulle effettive caratteristiche del virus e sulla malattia che da questo ingenera pone – di fatto – tutti i soggetti dinnanzi a situazioni di mutevole incertezza, tale da richiedere l'intervento della Autorità pubblica per fornire delle "regole di comportamento" volte ad affrontare il rischio in parola⁵⁷.

⁵⁵ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009; M. GALLO, voce Colpa penale, in Enc. Dir., Vol. VII, 1960, 624 ss.

⁵⁶ F. PALAZZO, Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale, in Dir. pen. e proc., 12/2016, 1545 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

Così, nell'attuale contesto, caratterizzato da estrema incertezza scientifica e da contrapposte tesi mediche, il tentativo di dimostrare che l'adozione delle invocate misure anti-contagio fosse in grado di evitare l'evento, rischia di incagliarsi senza portare ad alcun risultato.

Se i protocolli, stipulati direttamente fra le parti sociali con la partecipazione dello stesso Governo, possono costituire un valido ausilio per il datore di lavoro tenuto ad osservarli, la loro scarsa esaustività ed il necessario loro adattamento al contesto concreto di ciascuna realtà lavorativa, pone gli imprenditori ad agire in un contesto nebuloso e verosimilmente precario. La situazione si complica alla luce della scarsa solerzia con cui viene svolta la parallela attività di prevenzione pubblica fondata sulla diffusione, sull'efficacia e sulla tempestività dei *test* oltre che sulle oggettive incertezze circa la evoluzione dell'epidemia, le sue effettive modalità di propagazione ed un suo possibile ritorno in maniera più vigorosa⁵⁸.

Si auspica quindi che le eventuali indagini sulla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, prendano rigorosamente ad esame le specifiche circostanze del fatto concreto, in modo tale da collocare – dal punto di vista temporale – il preciso momento storico in cui è stata posta in essere la condotta del datore di lavoro e da definire con certezza il grado di conoscenze scientifiche disponibili al momento in cui detta condotta è stata realizzata.

6. La responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001.

La responsabilità (formalmente) amministrativa (ma sostanzialmente penale) ⁵⁹ degli enti da reato ha fatto la propria comparsa nel nostro ordinamento ad opera del d. lgs. 231/2001, il quale ha superato il noto e tradizionale brocardo *societas delinquere non potest*.

Il decreto in oggetto, infatti, si rivolge agli enti dotati di personalità giuridica, alle associazioni ed alle società che ne sono prive, sanzionandoli nel caso in cui un soggetto che al loro interno riveste una determinata e formale posizione (trattasi dei soggetti c.d. apicali ovvero di coloro che sono sottoposti alla altrui vigilanza e controllo) abbia agito

⁵⁷ Così, D. AMATO, Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno scudo penale?, cit.

⁵⁸ F. COMPAGNA, La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020, in Il Penalista, 25 maggio 2020.

tesi. Tra le due tesi prevalenti, rispettivamente volte a qualificare la responsabilità come amministrativa (così G. MARINUCCI, Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, 1201 e ss; M. ROMANO, La responsabilità amministrativa degli enti, società ed associazioni: profili generali, in Riv. soc., 2002, 398) o come penale (per tutti E. MUSCO, A proposito della responsabilità amministrativa degli enti, in jus17@unibo.it, 2008, 1, 335 e ss; Id., I nuovi reati societari, Milano, 2007) si staglia quella secondo cui il D. Lgs. 231/2001 ha dato vita ad un tertium genus di responsabilità (così FIORELLA, Responsabilità da reato degli enti collettivi, in S. CASSESE (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, vol. V, 2006, 5104; E. BELFIORE, Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d. lgs. 231/2001, in AA. VV., Scritti in onore di Mario Romano, Napoli, 2011, vol. III, 1755 e ss). Per una ricostruzione analitica della bibliografia sul tema si vedano G. AMARELLI, Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, 159 e ss; G. DE SIMONE, La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) di imputazione, in Dir. Pen. Cont., 28 ottobre 2012, 5 e ss.

e posto in essere un reato (rientrante nel novero di quelli espressamente previsti dal d. lgs. 231/2001 come ascrivibili all'ente) nel loro interesse ovvero a loro vantaggio.

Al fine di imputare all'ente un reato occorre poi accertarne la colpevolezza, desunta dalla c.d. "colpa di organizzazione", quale difetto di controllo imputabile all'apparato nel prevenire il rischio reato.

Il legislatore ha peraltro diversificato i criteri di attribuzione della responsabilità a seconda della categoria di appartenenza degli autori individuali. Così, nel caso in cui il reato sia commesso dagli apicali, l'art. 6 prevede un'inversione dell'onere della prova che grava sull'ente, chiamato a dimostrare che non v'è stata omessa vigilanza da parte degli organismi a ciò preposti, che era stato adottato un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati del tipo di quello verificatosi, fraudolentemente eluso dalle persone fisiche agenti, e che l'autore del reato ha agito esclusivamente per un proprio interesse o vantaggio; se il reato è stato invece commesso da un sottoposto, l'art. 7 impone di dimostrare all'accusa che la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza, ossia da una morfologia aziendale colposa sotto il profilo organizzativo.

A seguito dell'entrata in vigore della legge delega 3 agosto 2007, n. 123, l'ente collettivo può essere chiamato a rispondere anche per gli illeciti riguardanti la salute e la sicurezza sui luoghi di lavoro. L'art. 25-septies d. lgs. 231/2001, infatti, prevede che l'ente risponda qualora, nel suo interesse ovvero nel suo vantaggio, siano poste in essere le fattispecie colpose di omicidio e lesioni commesse in violazione di norme antinfortunistiche. Innegabile la portata innovativa della norma, che affianca – tra i soggetti responsabili – al datore di lavoro persona fisica, anche il datore di lavoro persona giuridica. Tuttavia, il mancato adattamento dei criteri di imputazione congegnati su reati presupposto di natura dolosa alle fattispecie colpose di cui all'art. 25-septies, impone – per stabilire la connessione tra l'evento morte o la lesione da un lato e l'interesse od il vantaggio dell'ente dall'altro – di agganciare il criterio oggettivo di imputazione alla condotta anziché all'evento antigiuridico⁶⁰. Così, diviene possibile muovere un rimprovero all'ente nel caso in cui la mancata adozione delle cautele previste in materia di sicurezza abbia consentito allo stesso di conseguire risparmi di spesa o di tempo ovvero di aumentare la propria produttività aziendale⁶¹.

Orbene, l'art. 25-septies d. lgs. 231/2001, nel precipuo contesto dell'emergenza sanitaria legata alla diffusione del virus, crea occasioni di responsabilità – in caso di contagio nei luoghi di lavoro – non solo a carico dei debitori di sicurezza "persone fisiche", ma anche a carico degli enti di appartenenza.

Anche in tale caso, per poter muovere un addebito in capo all'ente si dovrà – prioritariamente – accertare l'effettiva commissione dei delitti di omicidio o lesioni personali colpose. Una tale dimostrazione – per le ragioni già sinteticamente esposte – in molti casi risulterà estremamente difficile, così da inibire anche il coinvolgimento dell'ente in sede penale⁶². E ciò sia in ragione del problematico accertamento del nesso di causa sia alla luce del dettato dell'art. 29-bis legge 40/2020 il quale, pur con i limiti

⁶⁰ A. ASTROLOGO, "Interesse" e "vantaggio" quali criteri di attribuzione della responsabilità degli enti nel d. lgs. 231/2001, in Indice Penale, 2003, 649 e ss; T. VITARELLI, Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, 695 e ss.

⁶¹ Degli esempi sono offerti dalla riduzione dei costi dovuta alla mancata consegna dei dispositivi di protezione individuale oppure all'omessa sanificazione degli ambienti di lavoro ovvero ancora, alla mancata contingentazione dei lavoratori ed alla mancata adozione di turni di lavoro atti a consentire il distanziamento, da cui però consegue una accelerazione dei ritmi produttivi.

AMBIENTEDIRITTO	

segnalati, ha eretto degli argini alla colpa penale del datore di lavoro che, di riflesso, potranno giovare all'ente nel caso in cui venga esclusa la commissione del reato presupposto della responsabilità *ex* d. lgs. 231/2001⁶³. Laddove, invece, si riuscissero a superare tali ostacoli, dovrà comunque essere provato l'interesse ovvero il vantaggio dell'ente. Si pensi, ai casi in cui la mancata adozione delle cautele imposte per la prevenzione del contagio abbia permesso all'ente di ridurre i costi, derivanti – ad esempio – dalla mancata consegna dei DPI, dalla mancata sanificazione degli ambienti di lavoro, oppure alla accelerazione dei ritmi produttivi ottenibili mediante il mancato rispetto delle distanze di sicurezza ovvero tramite l'accesso non contingentato alle mense aziendali.

6.1. Il Modello di Organizzazione e Gestione ai tempi del Covid.

La colpa di organizzazione consiste in un difetto di controllo imputabile all'ente nel prevenire il rischio reato, che abbia agevolato le condizioni per la sua commissione. Così l'ente, per evitare di incorrere in responsabilità da illecito, è tenuto ad adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di specifici reati, attraverso l'attivazione di iniziative aventi carattere organizzativo e gestionale. Siffatti accorgimenti vanno consacrati in un documento (Modello di Organizzazione e Gestione, c.d. MOG) che individua i rischi e tratteggia le misure atte a contrastarli⁶⁴ e la cui adozione ed efficace attuazione può escludere la punibilità per la commissione di un reato o – quantomeno – attenuare le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla commissione dello stesso.

Sebbene l'adozione del MOG sia facoltativa, non essendo sanzionato l'ente che non se ne dota⁶⁵, l'inclusione nel novero dei reati presupposto dei delitti di omicidio e lesioni colpose, di cui all'art. 25-*septies*, ha reso questa facoltà un adempimento, di fatto,

⁶² V. MONGILLO, Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus, cit.

⁶³ Occorre qui accennare al fatto che l'art. 8 del D. Lgs. 231/2001, il quale sancisce il principio di autonomia di responsabilità dell'ente, che dunque potrà essere chiamato a rispondere del reato commesso anche se l'autore materiale del reato non sia identificato, non sia imputabile ovvero non sia punibile.

⁶⁴ Il Testo Unico del 2008, all'art. 2, comma 1, lett. dd), definisce il modello di organizzazione e gestione come quel documento necessario «per la definizione e l'attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, idoneo a prevenire i reati di cui agli articoli 589 e 590, terzo comma, del codice penale, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro». Di poi, l'art. 30, descrive i requisiti contenutistici minimi che tale documento deve possedere. Il primo comma richiede che il MOG, sia «adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate».

⁶⁵ Peraltro, proprio con riferimento all'art. 25-septies, la giurisprudenza ha è affermato che è irrilevante la mancata adozione del MOG se manca l'interesse o il vantaggio per l'ente datore di lavoro o se l'infortunio non rientra nella casistica dei reati presupposto.

dovuto. Basti, infatti, pensare alla centralità che tale documento riveste nella prevenzione degli infortuni sul lavoro, sia per la propria completezza di elaborazione sia per quanto concerne la sua circolazione in ambito aziendale, avuto riguardo al ruolo di controllo cui sono chiamati i rappresentanti aziendali per la sicurezza e le organizzazioni sindacali⁶⁶.

Ciò posto, alla luce dell'emergenza Covid-19, occorre chiedersi se l'inedita situazione emergenziale imponga un adeguamento o comunque un aggiornamento del MOG, al pari di quanto è tenuto a fare il datore di lavoro con riferimento al DVR (la cui adozione, come detto, è obbligatoria!). A riguardo, ferma restando l'opportunità di adottare un simile modello per l'ente che ne sia privo, si ritiene che la pandemia in corso non faccia conseguire – automaticamente – la necessità per l'ente di aggiornare il proprio MOG. E ciò vale sia per quei rischi c.d. indiretti – cioè per quei rischi non immediatamente legati alla gestione sanitaria della epidemia, ma derivanti dalle numerose modifiche alla normale operatività aziendale dettate dalla necessità di adeguarsi, nello svolgimento dell'attività dell'impresa, alle svariate esigenze imposte dalla gestione dell'emergenza⁶⁷ – sia per i rischi c.d. diretti, derivanti dalla immediata esposizione dei lavoratori al rischio di contagio.

In tale specifico contesto emergenziale gli enti sono, infatti, chiamati a gestire rischi riconducibili a fattispecie di reato già incluse nella disciplina 231prima dell'emergenza e connotate dalla loro tendenziale trasversalità rispetto alle varie categorie di imprese, sotto il profilo sia dimensionale, sia merceologico. Si tratta, quindi, di rischi-reato che le imprese dotate di un MOG avrebbero già dovuto valutare come rilevanti nell'ambito dell'attività di *risk assessment*. Nella generale prospettiva di prevenzione del rischio antinfortunistico, il Modello 231 deve infatti prevedere il complesso dei presidi generali idonei ad assicurare, a valle e in loro attuazione, un valido ed efficace sistema

⁶⁶ C. FRASCHERI, Consultazione e partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori, in G. Santoro Passarelli (a cura di), La nuova sicurezza in azienda. Commentario al titolo primo del decreto legislativo n. 81/2008, Milano, 2008, 237; P. PASCUCCI, Salute e sicurezza: dalle rappresentanze dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. 81/08, in Dir. Lav. Merc., 2010, 670 ss; L. ZOPPOLI, Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo per la sicurezza nei luoghi di lavoro, in D. FONDAROLI, C. ZOLI (a cura di), Modelli organizzativi ai sensi del d lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, Torino, 2014, 20 ss; V. VALENTINI, La sostanziale continuità tra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e sicurezza sul lavoro, in L. GALANTINO (a cura di), Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro, Torino, 372.

⁶⁷ L'emergenza Covid ha imposto alle imprese di impostare modalità di lavoro e organizzative spesso diverse da quelle ordinarie e di far fronte ad adempimenti inediti. Ciò può incrementare il rischio di commissione di alcuni reati rilevanti ex D. Lgs. 231/2001, quali - ad esempio: a) corruzione tra privati, corruzione e altri reati contro la PA: la situazione di crisi generalizzata, nonché la necessità da parte delle imprese di recuperare i profitti non conseguiti nel periodo dell'emergenza, potrebbe comportare una maggior esposizione al rischio teorico di condotte corruttive, sia verso Pubblici Ufficiali o Incaricati di Pubblico Servizio, sia verso soggetti privati; b) capolarato e impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare: le difficoltà legate alla prosecuzione dell'attività produttiva durante l'emergenza può aver determinato un maggior rischio di utilizzo e impiego irregolare dei lavoratori; c) ricettazione, riciclaggio e autoriciclaggio: le difficoltà in termini di disponibilità di risorse finanziarie, che può essere stata acuita dall'emergenza sanitaria, può aver determinato una maggior esposizione al rischio di condotte illecite riconducibili ai reati di ricettazione e riciclaggio; d) reati informatici e violazioni in materia di diritto d'autore: l'ampio e generalizzato ricorso allo smart working, attivabile in alcuni casi anche mediante l'uso di dispositivi e connessioni di rete personali dei lavoratori, può astrattamente aver determinato un maggior rischio di commissione degli illeciti informatici derivante, ad esempio, da un uso non conforme dei dispositivi e dei software da parte dei singoli utenti.

AMBIENTEDIRITTO	

gestionale, che contempli tutte le specifiche misure necessarie per l'adempimento degli obblighi giuridici a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Ne consegue che l'adozione delle misure funzionali alla gestione del rischio biologico da Covid-19 oggi previste, costituisce la corretta attuazione di quanto (dovrebbe essere) già contemplato nel MOG⁶⁸. In altri termini, un modello adeguato e redatto in conformità a norme tecniche accreditate a livello nazionale ed internazionale, è congegnato per strutturare correttamente l'organizzazione aziendale in vista della gestione accurata di tutti i processi produttivi che possono incidere sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori⁶⁹, compreso – quindi – il rischio epidemico.

6.2. Il ruolo dell'Organismo di Vigilanza.

Merita infine di essere aperta una breve parentesi sul ruolo che è e che sarà chiamato a svolgere l'Organismo di Vigilanza (OdV), nel contesto pandemico in cui si trovano ad operare le imprese. Trattasi di un organismo dell'ente, disciplinato all'art. 6, comma 2, lett. b) d. lgs. 231/2001, deputato a valutare l'adeguatezza del MOG, a vigilare sulla sua funzionalità e sulla sua concreta attuazione ed a suggerirne eventuali aggiornamenti al mutare di determinate circostanze, salvo poi essere precipuo compito dell'impresa assumere le decisioni gestionali ed aggiornare tale modello.

Nell'attuale contesto emergenziale si richiede all'OdV di svolgere una vigilanza "rafforzata" sulla corretta ed efficace implementazione del modello esistente, nonché sulle misure attuate dal datore di lavoro in ottemperanza alle prescrizioni delle Autorità Pubbliche.

L'OdV sarà quindi chiamato: a) ad interloquire con il datore di lavoro, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP), il medico competente, il Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo e con tutti i soggetti in grado di riferire sulle misure adottate, al fine di verificare le azioni già poste in essere per far fronte all'emergenza e valutare l'eventuale adozione di ulteriori cautele; b) ad accertare che il quadro normativo di riferimento, collegato all'evoluzione dell'emergenza, sia costantemente monitorato dall'impresa e ad ottenere in modo tempestivo dal datore di lavoro, dai reparti aziendali coinvolti e dagli organi preposti alla gestione del rischio, adeguati flussi informativi sulle misure concretamente implementate all'interno dell'impresa in chiave anti-contagio, al fine di valutarne l'adeguatezza rispetto ai provvedimenti emananti; c) a segnalare ai vertici aziendali le criticità riscontrate nella propria attività di vigilanza ed a supportare gli stessi nella adozione di misure correttive; d) a verificare l'adeguatezza del MOG ed a suggerire sue eventuali modifiche.

In sintesi, l'OdV deve continuare a svolgere le proprie mansioni di controllo sulla corretta attuazione del MOG e sul suo tempestivo aggiornamento, ma nella consapevolezza della peculiare fase emergenziale in cui è chiamato ad operare. Difatti, anche l'emergenza epidemiologica – dalla quale possono conseguire rischi penali in capo all'ente – impone una "presenza attiva" dell'organismo di controllo, funzionale ad

⁶⁸ Tali considerazioni sono peraltro state messe in evidenza da Confindustria in un proprio position paper di giugno 2020.

⁶⁹ Tale conclusione poggia sulla sopradetta distinzione tra il modello organizzativo strumentale al contenimento del rischio reato ed all'esenzione da responsabilità dell'ente ed il sistema prevenzionistico previsto dal d. lgs. 81/2008, che poggia sull'analisi dei rischi di infortunio e di malattie professionali.

AMBIENTEDIRITTO	
THUDILITIEDHULLO	

assicurare il rigoroso rispetto delle prescrizioni normative rivolte all'ente, nonché di quelle auto-normate volte a prevenire possibili violazioni e la commissione di illeciti⁷⁰.

7. Note conclusive.

Il quadro che si è cercato fin qui di illustrare porta a concludere che la inedita situazione di emergenza epidemiologica – tuttora in corso – imponga di operare con la dovuta cautela sia ai datori di lavoro, chiamati a proteggere beni fondamentali quali la vita e l'integrità fisica dei propri dipendenti, sia in sede di accertamento processuale delle possibili responsabilità datoriali.

Ai datori di lavoro, a fronte del dilagare dell'agente infettivo, è infatti demandata una necessaria armonizzazione tra sistema prevenzionistico e nuove misure di cautela, al fine di tutelare la salute dei propri lavoratori e garantire loro un ambiente lavorativo salubre, per prevenire sia il nuovo rischio biologico che i suoi temuti risvolti penali. Simili cautele si rendono necessarie anche al fine di scongiurare il verificarsi di altri rischi – non specificatamente penali – che un'impresa dovrebbe voler evitare, tra cui la riduzione di produttività ed il danno all'immagine aziendale che potrebbero conseguire dalla circolazione incontrollata del virus in un contesto di lavoro.

Occorre poi *prudentia* e cautela anche in sede processuale. Dinnanzi ad un fattore biologico ubiquitario, come il nuovo coronavirus, il modello del reato colposo di evento vacilla, mostrando concrete difficoltà operative nell'accertamento del nesso eziologico secondo i criteri di franzesiana memoria. L'attuale sapere scientifico è estremamente incerto e fragile e quindi non sufficientemente accreditato per affermare, con l'elevata probabilità logica richiesta, che esista il nesso condizionalistico tra condotta ed evento.

Peraltro, nel caso in cui si dovesse giungere ad un concreto accertamento del nesso di causa, si porrà comunque il problema della possibilità di muovere un rimprovero colposo. Così, muovendosi in un contesto tutt'altro che nitido, si può solo asserire con certezza – affermando forse l'ovvio – che il datore di lavoro, gravato da nuovi e significativi obblighi, sia tenuto ad adottare ogni misura idonea a valutare e contrastare il rischio di contagio.

Tali incombenti, nonostante impongano maggiori ed incisivi oneri per l'imprenditore, rappresentano un dovere etico per il datore di lavoro e costituiscono il modo più efficace per fronteggiare – in un eventuale futuro – gli addebiti per gli infortuni-contagi che potrebbero giungere al giudice penale.

⁷⁰ M. SCOLETTA, Il *position paper* di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni, in Sistema Penale, 22 giugno 2020.

AMBIENTEDIRITTO

LE ORDINANZE CONTINGIBILI E URGENTI IN MATERIA DI RIFIUTI "ALLA PROVA" DELL'EMERGENZA EPIDEMIOLOGICA DA COVID-19

Viviana Di Capua - Ilde Forgione*

Abstract (it): L'emergenza da Covid-19 ha interessato anche l'ambiente, in quanto l'aumento di rifiuti "infetti" ha reso necessario l'esercizio di poteri straordinari, alla gestione dei rifiuti. L'ordinamento individua nelle ordinanze contingibili e urgenti ex art. 191, d.lgs. n. 152 del 2006, lo strumento privilegiato cui le autorità territoriali possono ricorrere, qualora si verifichino situazioni di eccezionale e urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente. La norma non contiene alcun riferimento al contenuto dei provvedimenti, attribuendo ampia discrezionalità all'Ammnistrazione sulla scelta dei mezzi più idonei a fronteggiare l'evento eccezionale. Il potere, in effetti, risulta fortemente ancorato alla soluzione di criticità territorialmente circoscritte, come risulta dalla scelta del legislatore di attribuirne l'esercizio alle autorità territoriali. Tuttavia, la dimensione nazionale dell'emergenza da Covid-19 ha condizionato le modalità di esercizio del potere, subordinandole al rispetto di una serie di indicazioni fornite dalla circolare n. 22276/2020, del Ministero dell'Ambiente. L'indagine si propone di verificare, premesso un quadro teorico-concettuale sui presupposti e sulla natura del potere d'ordinanza ex art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006, le peculiarità da questo assunte nella gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, anche attraverso l'esame dei provvedimenti concreti adottati a livello regionale per fronteggiare situazioni specifiche.

Abstract (en): The emergency from Covid-19 also affected the environment, as the increase of "infected" waste made it necessary to exercise extraordinary powers to manage waste. The ordinances ex art. 191, d.lgs. n. 152/2006 are the privileged tool that territorial authorities can use, if situations of exceptional and urgent need to protect public health and the environment arise. The legal provision doesn't contain any reference to the content of the measures, attributing wide discretion to the territorial authorities on the choice of the most suitable means to deal with the exceptional event, as the power is strictly linked to the solution of territorially limited critical issues. However, the national dimension of the emergency from Covid-19 has conditioned the methods of exercising power, subordinating them to compliance with a series of indications provided by circular n. 22276/2020, of the Ministry of the Environment. The paper aims to verify, given a theoretical-conceptual framework on the assumptions and the nature of the power ex art. 191 d. lgs. 152/2006, the peculiarities it assumed in the management of the epidemiological emergency from Covid-19, also by examining the concrete measures adopted at regional level to deal with specific situations.

*Nonostante il contributo sia il risultato di una riflessione condivisa, tuttavia, i paragrafi 1, 2 e 5 sono da attribuirsi a Viviana Di Capua, (Dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II", viviana.dicapua@unina.it) mentre i paragrafi 3, 4 e 4.1. a Ilde Forgione (Dottore di ricerca in Diritto pubblico e dell'economia presso l'Università degli Studi di Pisa, ildefor@gmail.com).

AMBIENTEDIRITTO	

SOMMARIO: 1. Obiettivi, metodo e confini della ricerca. Il percorso in breve. – 2. Il potere d'ordinanza contingibile e urgente in materia di gestione dei rifiuti ex art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006: principi, strumenti, attori. – 3. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e la direzione impressa al potere d'ordinanza delle autorità territoriali e locali: spunti critici. – 4. Emergenza epidemiologica da Covid-19 e gestione dei rifiuti, tra normativa statale, atti di indirizzo e ordinanze regionali. – 4.1. La Circolare del Ministero dell'Ambiente n. 22276 del 2020 e l'intervento delle Regioni. – 5. Riflessioni finali.

1. Obiettivi, metodo e confini della ricerca. Il percorso in breve.

L'impatto sul sistema ambiente derivante dall'emergenza epidemiologica da Covid-19¹ che, «come un tornado»², si è scagliata con violenza imprevista e inaudita contro il tessuto economico, sociale e istituzionale³, può essere osservato sotto differenti prospettive. La paralisi dell'economia, colpita indirettamente dalla crisi, ha infatti alleggerito la pressione antropica sull'ecosistema determinando, durante la "fase uno" (corrispondente al c.d. *lock-down*)⁴, una diminuzione complessiva dei livelli di

¹ La circolare del Ministero della Salute del 22 febbraio 2020, n. 5443, recante "COVID-19. Nuove indicazioni e nuovi chiarimenti", definisce la malattia "COVID-19", precisando che "CO" sta per corona, "VI" per virus, "D" per disease e "19" l'anno in cui si è manifestata. Il virus, inizialmente (e provvisoriamente) denominato "nuovo Coronavirus", è stato battezzato ufficialmente e definitivamente dall'*International Committee on Taxonomy of Viruses* (ICTV), l'11 febbraio 2020, "severe acute respiratory syndrome coronavirus 2" (letteralmente, "sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2"), e abbreviato nell'acronoimo "SARS-CoV-2".

² Emblematica è la rappresentazione fornita da G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, in *federalismi.it*, Osservatorio Emergenza Covid-19, paper – 5 maggio 2020, spec. 4.

³ Sugli effetti a lungo termine della pandemia sul piano economico, sociale e istituzionale, che hanno scardinato gli assetti ormai consolidati e imposto una rimeditazione dei tradizionali strumenti regolatori, si rinvia alle riflessioni di E. Chiti, 'Questi sono i nodi'. Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito, in laCostituzione.info, 20 aprile 2020.

⁴ L'articolazione "in fasi" della gestione governativa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 è stata compiuta, per la prima volta, dal d.p.c.m. 26 aprile 2020 (c.d. decreto #IoRestoaDistanza) che, nell'allegato 10, ha individuato complessivamente cinque fasi: la Fase 1 (c.d. lock-down), la Fase 2 A (Transizione iniziale), la Fase 2 B (Transizione avanzata), la Fase 3 (Ripristino) e la Fase 4 (Preparazione). Vengono così definiti una serie di criteri la cui sussistenza (paziale o totale) o assenza, accertata attraverso verifiche periodiche, determina, rispettivamente, il mantenimento, il passaggio alla fase successiva o la regressione a quella precedente (ad esempio, la transizione dalla Fase 2 A alla Fase 2 B è stata subordinata al ricorrere di una serie di condizioni: capacità di monitoraggio epidemiologico; stabilità di trasmissione; servizi sanitari non sovraccarichi; attività di readiness; abilità di testare tempestivamente tutti i casi spspetti; possibilità di garantire adeguate risorse per contact-racing, isolamento e quarantena). Il decreto codifica essenzialmente le fasi in cui è stata articolata empiricamente (a causa della mancanza di uno specifico piano da attuare) la strategia di contenimento dell'epidemia, peraltro notevolmente semplificata sotto il profilo della comunicazione (così, M. Gnes, Le misure nazionali di contenimento dell'epidemia da Covid-19, in Giorn. dir. amm., 3/2020, 282 ss., spec. 289, il quale rileva come «stampa e politica [abbiano] riunito sotto l'unica denominazione di "fase uno" il periodo, caratterizzato dall'attuazione di penetranti misure di contenimento, che va dalla dichiarazione dello stato di emergenza fino all'avvio, il 4 maggio 2020, della c.d. "fase due", caratterizzato dal progressivo allentamento di tali misure e dalla progressiva riapertura delle attività commerciali, subordinatamente all'adozione di specifiche misure di igiene»). Per una ricostruzione delle fasi dell'emergenza, si vedano altresì A. Lucarelli, Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria, in Rivista AIC, 2/2020, 558 ss.; M. Luciani, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Rivista AIC, 2/2020, 109 ss.; A. D'Aloia, Costituzione ed emergenza. L'esperienza del coronavirus, in BioLaw Journal, 2/2020.

inquinamento sui fattori ambientali. D'altra parte, la produzione e l'aumento di rifiuti "infetti", ha richiesto l'esercizio di poteri straordinari funzionali all'incremento della capacità di stoccaggio e di deposito temporaneo, nonché ad avviare in via prioritaria le operazioni di smaltimento in discarica. L'esigenza di garantire la fornitura continuativa e corretta dei servizi essenziali alla cittadinanza, tra cui rientra per l'appunto la gestione dei rifiuti, si è rivelata priorità assoluta delle autorità statuali e territoriali durante l'emergenza. Alcune Regioni hanno così fatto ricorso al potere d'ordinanza previsto dall'art. 191 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152⁵, che, in situazioni eccezionali e per periodi limitati, consente che la gestione dei rifiuti avvenga in deroga alla disciplina contenuta nella Parte quarta del decreto⁶, quando sia indispensabile per la tutela della salute dei cittadini e dell'ambiente. La norma è stata "pensata" per aggredire e risolvere una situazione emergenziale, che si presenta come «un'eventualità costante e reale in ogni tempo ed in ogni ordinamento giuridico complesso», rivelando «la cronica incapacità del diritto e dei suoi sistemi regolativi di saper fornire risposte estaustive al caso, alla grande e imprevedibile fantasia del reale, soprattutto quando essa si manifesti in forme tragiche, o comunque drammatiche e non prevedibili»⁷.

Poiché la disposizione «pone al centro il ruolo del Presidente della Regione, al quale spetta [non solo il compito di emanare ordinanze contingibili e urgenti ma anche] di intervenire successivamente sulle gestioni in deroga disposte [...] dai livelli di governo inferiori allo scopo di superare l'emergenza»⁸, prevedendo una tutela specifica contro indebite ingerenze da parte dello Stato, il Ministero dell'Ambiente, a seguito delle linee di indirizzo fornite dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS) e dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA), è intervenuto sulla questione con la circolare n. 22276 del 30 marzo 2020, che ha impresso alcune direttrici all'esercizio del potere, allo scopo di coordinare, e rendere coerenti con la strategia di gestione nazionale, gli interventi territoriali puntiformi.

Il saggio intende esaminare le modalità con cui il potere d'ordinanza previsto dall'articolo 191 del d.lgs. n. 152 del 2006 è stato concretamente esercitato nel contesto emergenziale attuale, anche attraverso un'analisi delle ordinanze adottate dalle Regioni Lombardia, Lazio e Sicilia, muovendo necessariamente da una premessa generale sui caratteri dei provvedimenti contingibili e urgenti che delineano la categoria di appartenenza.

⁵ Recante "Norme in materia ambientale".

⁶ Intitolata "Norme in materia di gestione di rifiuti e di bonifica dei siti inquinati".

⁷ R. Ferrara, Emergenza e protezione dell'ambiente nella «società del rischio», in Foro Amm. TAR, 2005, 10, 3356 ss., qui 3356-3357. Sul tema dell'emergenza, A. Fioritto, L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie, Bologna, 2008; V. Angiolini, Necessità ed emergenza nel diritto pubblico, Padova, 1986; P. Pinna, L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano, Milano, 1988; G. Marazzita, L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli, Milano, 2003; AIPDA, Annuario 2005. Il diritto amministrativo dell'emergenza, Milano, 2006; G. Razzano, L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Bari, 2010; M.A. Cabiddu, Necessità ed emergenza ai confini dell'ordinamento, in Amministrare, 2010, 167 ss.; A. Cardone, La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, 2011.

⁸ Così A. Andronio, *Ordinanze contingibili e urgenti*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. Ferrara, M.A. Sandulli, II, *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, a cura di S. Grassi e M.A. Sandulli, Milano, 2014, 233 ss., qui 251, il quale nota come questa tendenza appaia «perfettamente in linea con la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà da parte del nuovo art. 118 Cost.».

AMBIENTEDIRITTO	

2. Il potere d'ordinanza contingibile e urgente in materia di gestione dei rifiuti ex art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006: principi, strumenti, attori.

L'art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006, situato tra le disposizioni generali sulla gestione dei rifiuti di cui alla Parte quarta, Titolo I, Capo I, costituisce una delle norme fondanti la base legale del potere d'ordinanza nella legislazione ambientale, e in particolare nel settore della gestione dei rifiuti. La disposizione attribuisce, nell'ordine, al Presidente della Giunta regionale, al Presidente della Provincia e al Sindaco, nell'ambito delle rispettive competenze, il potere di emanare, «qualora si verifichino situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente, e non si possa altrimenti provvedere [...], 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». Tali atti, la cui efficacia è circoscritta nel periodo massimo di sei mesi, devono essere comunicati, entro tre giorni dall'emanazione, al Presidente del Consiglio dei ministri, al Ministro dell'Ambiente, al Ministro della Salute, al Ministro delle Attività produttive, al Presidente della Regione e all'autorità d'ambito (comma 1).

Il Presidente della Giunta regionale, entro centoventi giorni dall'adozione dei provvedimenti, ha il potere-dovere di promuovere le iniziative necessarie per garantire la raccolta differenziata, il riutilizzo, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti. L'eventuale inottemperanza dà luogo all'emanazione di un atto di diffida da parte del Ministro dell'ambiente a provvedere entro sessanta giorni e, nel caso di protrazione dell'inerzia, l'adozione «in via sostitutiva [di] tutte le iniziative necessarie ai predetti fini» (comma 2). L'emanazione del provvedimento è preceduta dalla consultazione degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, che si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali e, in osseguio al principio di legalità, devono indicare le specifiche norme cui s'intende derogare (comma 3). Infine, la reiterazione è ammessa per un periodo massimo di diciotto mesi e oltre tale termine solo «qualora ricorrano comprovate necessità» e a condizione che il provvedimento sia il frutto dell'intesa tra il Presidente della Regione e il Ministro dell'Ambiente (comma 4). La formulazione riproduce integralmente l'art. 13 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 229, derivante a sua volta dall'art. 12 del d.p.r. 10 settembre 1982, n. 91510, salvo che per l'inciso, aggiunto al comma 1 dell'art. 191, «con particolare riferimento alle disposizioni sul potere di ordinanza di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, istitutiva del servizio nazionale della protezione civile»¹¹, nonché per l'inclusione, tra i soggetti cui devono essere comunicate le ordinanze, del Presidente del Consiglio dei ministri, del Ministro delle attività produttive e dell'autorità d'ambito¹². Inoltre, a norma dell'art. 3-bis, comma

⁹ Recante "Attuazione delle direttive 91/56/CEE sui rifiuti, 91/698/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio".

¹⁰ Recante "Attuazione delle direttive (CEE) n. 75/442 relativa ai rifiuti, n.76/403 relativa allo smaltimento dei policlorodifenili e dei policlorotrifenili e n. 78/319 relativa ai rifiuti tossici e nocivi". La norma viene considerata l'archetipo giuridico dei provvedimenti contingibili e urgenti in materia di gestione dei rifiuti (così, A. Andronio, Ordinanze contingibili e urgenti, ivi, sub nota 41).

¹¹ Peraltro attualmente modificato dall'art. 47, comma 1, lett. m), del d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, in base al quale: «Tutti i riferimenti alla legge 24 febbraio 1992, n. 225 e ai relativi articoli, contenuti in altre disposizioni [tra cui, l'art. 191, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006], si intendono riferiti al presente decreto e ai corrispondenti articoli».

¹² F. Peres, Rifiuti, in S. Nespor, A.L. De Cesaris, Codice dell'ambiente, Milano, 2009, 2153 ss., spec. 2239.

AMBIENTEDIRITTO

2, del d.lgs. n. 152 del 2006, tali provvedimenti sono sottoposti ai principi generali del diritto ambientale enunciati dalla Parte prima del decreto, e precisamente: al principio di precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, "chi inquina paga", dello sviluppo sostenibile, di sussidiarietà e di leale collaborazione, di accesso alle informazioni e di partecipazione al procedimento¹³.

Si noti peraltro che il legislatore nazionale è intervenuto sul testo normativo, dapprima, con d.l. 23 maggio 2008, n. 90¹⁴, prevedendo, in luogo del previgente limite di due volte per la reiterazione delle ordinanze, l'espresso riferimento ad un periodo massimo di diciotto mesi per ogni speciale forma di gestione dei rifiuti (comma 4), e successivamente, con la legge 28 dicembre 2015, n. 221¹⁵, introducendo l'obbligo di rispettare le disposizioni europee in materia (comma 1) e il termine certo di sessanta giorni entro cui il Presidente della Regione è diffidato a provvedere per garantire la raccolta differenziata, il riutilizzo, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti (comma 2).

La fattispecie normativa è sussumibile nel modello teorico-concettuale delle ordinanze amministrative di necessità e di urgenza, categoria nella quale si suole compendiare una serie piuttosto variegata di atti contrassegnati da un contenuto (o da un oggetto), in tutto o in parte, non predeterminato 16, «definiti anzitutto dalla necessità e urgenza, poiché queste sono le situazioni presupposte in cui è legittima la loro emanazione» 17, e in particolare delle ordinanze contingibili e urgenti, «che segnano un particolare rapporto con le competenze di organi o autorità locali» 18.

Le norme che le prevedono si fermano all'indicazione del presupposto, costituito dalla urgente necessità di provvedere, del fine che debbono perseguire, ma non dicono mai cosa l'autorità può disporre, limitandosi, invece, ad autorizzarla a eseguire, ordinare, vietare tutto quello che contingentemente appare necessario e indispensabile per il raggiungimento del fine¹⁹. Tali strumenti costituiscono una «valvola»²⁰

¹³ Sui principi del diritto ambientale, tra i numerosi contributi, si vedano P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; Id., *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile, in Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno, E. Picozza, I, *Principi generali*, Padova, 2012, 559 ss.;

¹⁴ Recante "Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile".

¹⁵ Recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali".

¹⁶ R. Cavallo Perin, Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e di urgenza, Milano, 1990, 5-6. Si veda anche Id., Ordinanze, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 3981 ss.; Id., Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo, in Dig. Disc. Pubbl., I, Agg., 2010, 336 ss.; In generale, sul potere d'ordinanza, si rinvia agli studi di L. Galateria, I provvedimenti amministrativi di urgenza: le ordinanze, Milano, 1953; U. Gargiulo, I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo, Napoli, 1979; F. Bartolomei, Potere di ordinanza e ordinanze di necessità, Milano, 1979; M. Gnes, I limiti del potere d'urgenza, in Riv. trim. dir. pubbl., 2005, 3, 641 ss.; S. Spuntarelli, Normatività ed efficienza del sistema delle ordinanze adottato in occasione della sequenza sismica di Amatrice, Norcia e Visso, in Costituzionalismo.it, 3/2017; E. Raffiotta, Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative, Bologna, 2019.

¹⁷ R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 7, il quale rileva come «tale binomio contribuisc[a] a modellare, di per sé o congiuntamente ad altri enunciati, molti elementi dell'atto o del procedimento».

¹⁸ R. Cavallo Perin, *Ordinanze*, cit., 3982.

AMBIENTEDIRITTO

dell'ordinamento giuridico, necessaria per far fronte alle situazioni impreviste o imprevedibili che rischiano di porre in pericolo lo stesso ordinamento o i suoi fini²¹.

L'accentuazione dell'atipicità del contenuto, caratteristica provvedimenti appartenenti alla specie, dovuta al fatto che la legge attribuisce all'amministrazione il potere di stabilire quali siano le misure più adeguate allo scopo in base alla natura e all'intensità degli eventi straordinari da fronteggiare, è resa ancor più evidente dall'appellativo «libere» attribuito da autorevole dottrina²². Trovandosi infatti di fronte alla necessità di regolare fattispecie impreviste, le ordinanze di urgenza si pongono sovente in deroga alla normativa vigente, determinando una frizione con il principio di tipicità degli atti amministrativi²³. La giurisprudenza costituzionale ha così cercato di individuare una serie di limiti al potere di ordinanza, chiarendo in più occasioni che il rapporto derogatorio, «lungi dall'aprire un vero e proprio "spazio vuoto" alla attività amministrativa, trova in ragione di come esso si configura dei limiti al proprio operare nel sistema normativo»²⁴. Inoltre, non può porsi in contrasto con i principi generali dell'ordinamento giuridico (espressi o impliciti) e con «quei precetti della Costituzione che, rappresentando gli elementi cardinali dell'ordinamento, non consentono alcuna possibilità di deroga nemmeno ad opera della legge ordinaria»²⁵. Sul

¹⁹ U. Rescigno, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza. Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1976, 89 ss., spec. 91. Secondo R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 7-8, «questa specificità è al contempo l'aspetto più misterioso del potere di ordinanza di necessità e di urgenza di cui è titolare la pubblica amministrazione [..], dal quale sono derivati molti equivoci sulla natura e sull'estensione dell'efficacia derogatoria delle ordinanze di necessità e urgenza emanate da organi della pubblica amministrazione».

²⁰ Secondo la più che celebre definizione di M.S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati* (commento a Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 1948, n. 76), in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, I, 388 ss., spec. 389-380, il quale precisa che il potere di ordinanza «ha la funzione di valvola cui si ricorre in casi estremi, cioè, in termini non figurati, ma giuridici, è una *deroga al principio della riserva di legge, predetermnata dallo stesso ordinamento per fini eccezionali*». Cfr. anche, dello stesso Autore, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 102, e *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 267.

²¹ Assolvono alla funzione di «tutela e tenuta del sistema nei confronti di elementi critici, perché imprevisti o imprevedibili o comunque non fronteggiabili con gli strumenti ordinari», come rilevato da M. Brocca, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 2012, spec. XIII.

²² G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 1-2, 33 ss., qui 35.

²³ In quanto, come rilevato da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 270, «le ordinanze di urgenza sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti dalle norme, stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto al principio della tipicità». Rileva comunque «una tendenziale fuga dal principio di legalità» con conseguente compromissione «della tenuta complessiva dello Stato di diritto», R. Ferrara, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella «società del rischio*» cit. 3362

protezione dell'ambiente nella «società del rischio», cit., 3362.

²⁴ R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, cit., 147, con riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 27 maggio 1961, n. 26. In giurisprudenza, C. cost., 4 gennaio 1977, n. 4 (paragrafo 3.1. del considerato in diritto); C. cost., 30 dicembre 1987, n. 617; C. cost., 28 novembre 1991, n. 32; C. cost., 9 novembre 1992, n. 418; C. cost., 14 aprile 1995, n. 127, in *Riv. giur. amb.*, 1997, 2, 258 ss., con commento di A. Morrone, *I poteri di ordinanza contingibili e urgenti: l'integrazione del diritto "eccezionale" nel sistema delle fonti e dei livelli di governo territoriale*; da ultimo, C. cost. 7 aprile 2011, n. 115, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1581, con commento di V. Cerulli Irelli, *Sindaco legislatore*?, e di D. Morana, *La rivincita dell'art. 23 Cost. sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto*).

²⁵ C. cost., n. 26/1961, paragrafo 3.1. del considerato in diritto. Nelle materie coperte da riserva di legge, si esclude l'ammissibilità di ordinanze con contenuto dispositivo difforme dall'atto legislativo emanato in conformità alla Costituzione, mentre in quelle coperte da riserva relativa, le ordinanze sono legittime solo se (ed in quanto) la legge ordinaria definisca puntualmente (e preliminarmente) «i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo cui il potere è stabilito», e dunque se si mantengano all'interno del perimetro legislativo così tratteggiato (ivi). *Sui limiti*

AMBIENTEDIRITT(

piano della legalità procedimentale, deve infine essere adeguato alla concreta situazione di fatto da regolare, limitato nel tempo negli effetti²⁶, motivato, ben definito «nel contenuto, nei tempi, nelle modalità di esercizio»²⁷.

Nell'ambito del diritto dell'ambiente, i provvedimenti d'urgenza si caricano di connotati peculiari ulteriori rispetto a quelli classici poc'anzi esaminati, derivanti essenzialmente dalle caratteristiche del bene oggetto di tutela²⁸, dal suo atteggiarsi a sistema di relazioni²⁹ e centro di convergenza di una pluralità di interessi giuridicamente rilevanti³⁰. Da ciò deriva che la tutela dell'ambiente si pone sia come obiettivo sia come limite rispetto all'esercizio del potere d'urgenza, essendo la ragion d'essere dei relativi atti e, al contempo, un vincolo ineludibile nell'ipotesi in cui costituisca oggetto di deroghe allo scopo di garantire altri interessi concorrenti³¹.

La tutela della salute e dell'ambiente integrano, in questo senso, il profilo causale dei provvedimenti d'urgenza *ex* art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006 e, contestualmente,

posti al potere d'ordinanza di necessità e urgenza, si rinvia all'ampia disamina compiuta da B. Cavallo Perin, Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori esterni all'amministrazione, in AIPDA, Annuario 2005, cit. 31 ss., spec. 40 ss.

- ²⁶ C. cost. 2 luglio 1956, n. 8, in Giur. cost., 1956, I, 683 ss., con commenti di V. Crisafulli, Ordinanze di necessità, interpretazione della Corte e sindacato del giudice comune, e di G. Treves, *La costituzionalità dei provvedimenti amministrativi di necessità e di urgenza*. In senso analogo, C. cost., 22 maggio 1987, n. 201.
- ²⁷ C. cost., n. 127/1995.
- ²⁸ Evidente già dal fatto che nel linguaggio normativo l'ambiente, per quanto di continuo evocato, non è definito né definibile, non ne sono precisate le condizioni d'uso, né è riducibile in enunciati prescrittivi (G. Morbidelli, Il regime amministrativo speciale dell'ambiente, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predier*i, II, Milano, 1996, 1121 ss., 1121).
- ²⁹ Sulla rappresentazione dell'ambiente come "sistema" complesso, dinamico, continuo, adattivo, resiliente, produttivo di servizi (ecosistemici), nella letteratura giuridica italiana, per tutti, M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema adattivo, complesso, comune*, Torino, 2007, passim. Tra i sostenitori di una visione olistica dell'ambiente, C. Castronovo, *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in Riv. crit. dir. priv., 1987, 511 ss.; G. Cocco, A. Marzanati, R. Pupilella, *Ambiente. Il sistema organizzativo ed i principi fondamentali, in Trattato di diritto amministrativo europeo, diretto* da M.P. Chiti e G. Greco, coordinato da G.F. Cartei e D.-U. Galetta, *Parte Speciale, I*, 2^{ed}, Milano, 2007, 157 ss., 206 ss.; L. Carbone, Ambiente, paesaggio e beni culturali, relazione al L Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione su "*L'attuazione del Titolo V della Costituzione*", Varenna Villa Monastero, 16, 17 e 18 settembre 2004, pubblicata nella rivista online federalismi.it, 19/2004; B. Caravita di Toritto, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 22 ss.; P. Dell'Anno, *Modelli organizzativi per la tutela dell'ambiente*, in D. De Carolis, E. Ferrari, A. Police (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005, Milano, 2006, 259 ss., qui 265.
- ³⁰ Sul punto, A. Rallo, Funzione di tutela ambientale e procedimento amministrativo, Napoli, 2000, passim. Prima ancora, L. Iannotta, Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dai beni agli interessi, in Dir. amm., 1999, 1, 57 ss., che tende a sostituire la locuzione di «beni oggetto di tutela ambientale» con quella di «interessi ambientali», essendo i beni (e non gli interessi) gli oggetti della funzione di tutela.
- ³¹ In questi termini, A. Andronio, Ordinanze contingibili e urgenti, cit., 234-235. Per uno studio più ampio sulle caratteristiche dei provvedimenti contingibili e urgenti nel settore della tutela ambientale, Id., *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004. In giurisprudenza, è significativa al riguardo la sentenza emanata dal Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2011, n. 3921, la quale, dopo aver premesso che «la tutela dell'ambiente, lungi dal costituire un autonomo settore di intervento dei pubblici poteri, assume il ruolo unificante e finalizzante di distinte tutele giuridiche predisposte a favore di diversi beni della vita che nell'ambiente si collocano, [e] che l'ambiente è un bene pubblico, non suscettibile di appropriazione individuale, indivisibile, non attribuibile, unitario, multiforme», afferma che «ciascun Comune, quale ente esponenziale della collettività che risiede nell'ambiente comunale, non soltanto ha la legittimazione ad impugnare i provvedimenti amministrativi [anche contingibili e urgenti] in materia di gestione dei rifiuti esplicanti effetti in tale territorio, ma ha anche interesse ad ottenere l'annullamento dei rispettivit atti, ove questi siano potenzialmente nocivi per la salute degli abitanti».

fungono da limite all'azione dell'autorità competente nell'instaurazione di un regime derogatorio alle ordinarie forme di gestione dei rifiuti³². Il conseguente «indebolimento delle garanzie sostanziali insite nella tipicità dell'azione amministrativa trova un bilanciamento nel rigore con cui la giurisprudenza esige il rispetto di requisiti procedimentali e vincoli metodologici»³³, essendo il ricorso al potere d'urgenza subordinato alla puntuale dimostrazione di una serie di presupposti³⁴. Si è escluso, ad esempio, che la carenza organizzativa di un'impresa aggiudicataria del servizio di raccolta e di trasporto dei rifiuti, potesse costituire causa giustificativa dell'emanazione di tali atti³⁵. Inoltre, lo svolgimento di un'istruttoria accurata, insieme all'acquisizione dei pareri degli organi tecnici o tecnico-sanitari e alla specifica indicazione delle disposizioni di legge cui s'intende derogare, è considerata una condizione di legittimità³⁶. Infine, il ricorso a forme speciali di gestione dei rifiuti è ammesso purchè esse siano idonee a garantire criteri di efficacia, efficienza, economicità, trasparenza, fattibilità tecnica ed economica³⁷.

La norma pone invero alcune questioni di carattere interpretativo riguardanti, innanzitutto, l'articolazione delle competenze tra le autorità regionali e locali nell'emanazione dei provvedimenti d'urgenza, il rapporto tra questi e le ordinanze della protezione civile e la possibilità di ricondurre l'intervento sostitutivo all'art. 120, comma 2, Cost. Si è visto come il Presidente della Regione rivesta un ruolo di primo piano nell'elenco di autorità pubbliche contemplato dall'art. 191, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, e come il Presidente della Provincia e il Sindaco vengano in rilievo solo il via sussidiaria³⁸. Il dato peraltro trova conferma nella ulteriore previsione che attribuisce

³² Rileva in proposito G. Bertazzo, *Le misure d'emergenza in tema di rifiuti, in Sanità pubblica,* 2001, 547 ss., spec. 553, che l'uso della congiunzione «e», in luogo di «o» presente nella previgente disciplina, circoscriverebbe il ricorso al potere d'ordinanza esclusivamente ai casi in cui l'emergenza riguardi congiuntamente l'ambiente e la

³³ M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., spec. 281.

³⁴ S. Grassi, Tutela dell'ambiente (diritto amministrativo), in Enc. Giur., Ann., I, Milano, 2007, 1140 ss., ad vocem, spec. 1140. In giurisprudenza, TAR Campania, Napoli, sez. V, 31 gennaio 2007, n. 803, che ha annullato un'ordinanza sindacale in materia di rifiuti, per mancanza degli elementi stabiliti dall'art. 191, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006, in base al quale, come si è visto, i provvedimenti della specie devono indicare le norme cui s'intende derogare e la previa valutazione degli organi tecnici o tecnico-sanitari competenti delle conseguenze ambientali.

³⁵ TAR Campania, Napoli, sez. V, 30 luglio 2015, n. 4165.

³⁶ Sono infatti illegittime le ordinanze d'urgenza adottate in assenza dei pareri degli organi tecnici previsti dalla legge (TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 luglio 2009, n. 3732) o senza indicare le disposizioni di legge alle quali si è inteso derogare (TAR Campania, Napoli, 31 gennaio 2007, n. 803). La rilevanza dell'attività istruttoria svolta da organi tecnici nel procedimento di adozione dei provvedimenti d'urgenza, è puntualmente evidenziata da M. Gnes, I limiti del potere d'urgenza, cit., 679 ss.

³⁷ TAR Reggio-Calabria, Calabria, sez. I, 2 luglio 2019, n. 437, che ha ritenuto legittimo il potere dell'ente locale di imporre al privato, tramite ordinanza ex art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006, l'erogazione delle prestazioni nonostante la scadenza del contratto stipulato tra le parti, anche in difetto del consenso dell'impresa a prorogarne spontaneamente gli effetti, escludendo tuttavia la possibilità di imporre un corrispettivo per l'espletamento del servizio, nemmeno tramite accordi contrattuali la cui vigenza o efficacia sia oggetto di contestazione tra le parti. Diversamente, si consentirebbe all'amministrazione di sacrificare la libera iniziativa economica privata a beneficio del proprio esclusivo interesse di risparmio di spesa, con conseguente violazione dell'art. 41 Cost.

³⁸ Emblematica, in tal senso, è Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30125, la quale esclude che l'ar. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006, attribuisca al Sindaco il «potere interinale» di emanare ordinanze contingibili e urgenti qualora il Presidente della Provincia abbia ritenuto legittimamente di non poter ulteriormente intervenire in cia d'urgenza, sul presupposto che «il vaglio circa le ragioni dell'urgenza e la necessità di derogare alle limitazioni previste per la regolamentazione d'urgenza, in considerazione della natura dei rischi e dei pericoli da fronteggiare, debba necessariamente essere affidato ad una valutazione congiunta di Regione e Ministero dell'ambiente per la

AMBIENTEDIRITTO	

al primo il potere di iniziativa nella ricoduzione "alla normalità" delle gestioni avviate in deroga entro centoventi giorni dall'adozione dei provvedimenti in via d'urgenza. Per quanto concerne poi l'eventuale sovrapposizione con le ordinanze di protezione civile, l'inciso iniziale della norma evidenzia la volontà del legislatore di salvaguardare i poteri d'intervento statuali in materia al verificarsi di situazioni emergenziali che richiedano un'intervendo centralizzato, come del resto appare confermato dai casi in cui alcune forme speciali di gestione dei rifiuti sono state istituite d'urgenza dalla protezione civile³⁹.

Si consideri infine che, nonostante il primato del Presidente della Regione, l'esercizio del potere è in concreto ispirato al principio di collaborazione che governa le relazioni tra i diversi livelli di governo⁴⁰: la reiterazione delle ordinanze, consentita solo in casi tassativi e per un tempo limitato, richiede infatti l'intesa tra questo e il Ministro dell'Ambiente.

L'ultima questione riguarda la possibilità di ricondurre l'intervento sostitutivo del Ministro dell'Ambiente, nel caso di inerzia protratta della Regione nel riprinstino della forma ordinaria di gestione dei rifiuti, nell'alveo dell'art. 120, comma 2, Cost., che attribuisce al Governo il potere di «sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali». In questo caso, è compito della legge definire «le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione»⁴¹. Alla norma è stata data attuazione attraverso l'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131⁴², che ha disciplinato le fasi del procedimento di

delicatezza degli interessi da tutelare». Rileva, in proposito, R. Ferrara, Potere di ordinanza tra necessità e legalità: la «storia infinita» delle tutele ambientali extra ordinem, in Foro Amm. TAR, 2007, 9, 2910 ss., spec. 2912, «la gestione (necessaria e non rinunciabile) delle emergenze e dell'urgenza nella c.d. societò del rischio determina [..] la possibile alterazione dell'ordine delle competenze, che il potere sarà alla fine dislocato, e soprattutto esercitato, da quel soggetto – o da quel complesso di soggetti – che appaia maggiormente vocato a fronteggiare e gestire quel certo rischio concreto».

³⁹ Il caso della Regione Campania ne è un esempio. Per un'analisi accurata, M. Gnes, Le ordinanze di protezione civile per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania, in Riv. giur. Mezz., 2008, 2, 433 ss.; L. Mercati, L'emergenza rifiuti dinnanzi alla Corte dei Conti: il potere di ordinanza tra giurisdizione e controllo, in Riv. giur. Mezz., 2008, 2, 469 ss., con specifico riferimento al tema specifico della responsabilità amministrativa, con conseguente condanna al risarcimento del danno esariale, del Presidente della Regione Campania, nella sua qualità di Commissario straordinario per l'emergenza rifiuti, accertata dalla magistratura contabile.

⁴⁰ Sulle peculiarietà assunte dai principi di sussidiarietà e di leale collaborazione nel settore della tutela dell'ambiente, S. Pajno, La sussidiarietà e la leale collaborazione interistituzionale, in Trattato di diritto dell'ambiente, II, cit., 402 ss.

⁴¹ Sul potere sostitutivo, tra i numerosi contributi dedicati al tema, E. Gianfrancesco, Il potere sostitutivo, in T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali, Torino, 3^{ed}, 235 ss.; G.U. Rescigno, Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato, in Le Regioni, 2002, 4, 729 ss.; G. Veronesi, I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del titolo V, in E. Bettinelli, F. Rigano, La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Pavia, 6-7 giugno 2003, Torino, 2004; Id., Poteri sostitutivi: recenti orientamenti, in Le Regioni, 2001, 1, 13 ss.

⁴² Recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".

AMBIENTEDIRITTO	

sostituzione, nel rispetto dei principi di leale collaborazione e sussidiarietà, prevedendo altresì una soluzione differenziata nei casi di assoluta urgenza⁴³.

L'operazione di sussunzione del potere contemplato dall'art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006 nell'ambito dell'intervento sostitutivo di cui all'art. 120, comma 2, Cost., presuppone un'analisi preliminare dei presupposti e dei caratteri delle fattispecie. Alcune similitudini sono invero rinvenibili nella condizione di attivazione, costituita dall'inadempimento, nella diffida e nell'assegnazione di un termine a provvedere. Tuttavia, permangono talune differenze relative agli organi competenti, rispettivamente Ministro dell'Ambiente e Governo, al commissario straordinario e alla partecipazione della Regione (previsti solo nel procedimento sostitutivo di cui all'art. 8 della legge n. 131 del 2002).

essere risolta La questione potrebbe in senso positivo dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza costituzionale sull'art. 120, comma 2, Cost., secondo cui tale disposizione non esaurisce, «concentrandole tutte in capo allo Stato, le possibilità di esercizio dei poteri sostitutivi», ma, al contrario, «prevede solo un potere sostitutivo straordinario in capo al Governo da esercitarsi sulla base dei presupposti e per la tutela degli interessi ivi esplicitamente indicati, mentre lascia impregiudicata l'ammissibilità e la disciplina di altri casi di interventi sostitutivi, configurabili dalla legislazione di settore, statale o regionale, in capo ad organi dello Stato o delle Regioni o di altri Enti territoriali, in correlazione con il riparto delle funzioni amministrative da essa realizzato e con le ipotesi specifiche che li possano rendere necessari»⁴⁴. Per questa via, è possibile concludere agevolmente che l'art. 120, comma 2, Cost. rappresenti l'«hummus culturale (nonché la [..] base di legittimazione)» dei provvedimenti in questione⁴⁵.

3. L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e la direzione impressa al potere d'ordinanza delle autorità territoriali: spunti critici.

Il progressivo peggioramento della situazione epidemiologica, dovuta all'emergenza sanitaria da Covid-19, ha indotto il legislatore ad intervenire, a più riprese, dettando misure di contenimento della crisi, anche allo scopo di scongiurare il collasso del sistema sanitario nazionale.

⁴³ Per un'analisi della procedura, G. Scaccia, Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003, in Le Regioni, 2004, 4, 883 ss.

⁴⁴ C. cost., 27 gennaio 2004, n. 43. Secondo tale interpretazione, «il fatto che la Costituzione abbia previsto il potere sostitutivo del Governo in relazione alle ipotesi ivi contemplate non sembra possa escludere che possano essere introdotti poteri sostitutivi cd. Ordinari, che trovano il loro fondamento giuridico in disposizioni costituzionali diverse dall'art. 120, comma 2, Cost. Il potere sostitutivo introdotto dalla norma costituzionale è definito straordinario ed aggiuntivo: nulla vieta perciò che il legislatore statale e quello regionale possano prevedere e disciplinare ulteriori ipotesi di poteri sostitutivi diverse da quella ivi contemplata» (così, A. De Michele, L'art. 120 della Costituzione e il suo ruolo nella riforma del Titolo V della Costituzione, in Istituzioni del federalismo, 5/2008, 623 ss., spec. 630, dalla pronuncia della Corte deriva che «il potere sostitutivo introdotto dalla norma costituzionale». Per un commento alla pronuncia, F. Merloni, Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali, in Le Regioni, 2004, 4, 1074 ss.

⁴⁵ A tali conclusioni peraltro giunge la dottrina dominante. Per tutti, R. Ferrara, Potere di ordinanza tra necessità e legalità: la «storia infinita» delle tutele ambientali extra ordinem, cit., spec. 2912.

AMBIENTEDIRITTO	
TIMDIEMIEDIKITIO	

Un contesto normativo generale di livello primario statale è stato stabilito dalle disposizioni contenute nel decreto-legge n. 6 del 23 febbraio 2020⁴⁶, a cui hanno fatto seguito provvedimenti specifici governativi, regionali e di concerto. Il decreto, convertito, con modificazioni, in legge 5 marzo 2020, n. 13, ha conferito alle «autorità competenti» il potere di adottare misure precauzionali per contenere la diffusione della malattia e permettere al sistema sanitario nazionale di continuare a funzionare. Inoltre, il decreto legge ha posto le basi normative per strutturare due sistemi di gestione dell'emergenza, differenziati su base territoriale. Un primo binario di questo sistema è costituito dagli atti emanati a livello nazionale, tra i quali spiccano i decreti attuativi del Presidente del Consiglio dei ministri. Un secondo binario è costituito dagli atti, per lo più ordinanze, emanati dalle autorità regionali e locali per fronteggiare le criticità riferibili ad un ambito ristretto⁴⁷.

L'art. 1 ha previsto che nei comuni o nelle aree di contagio, «le autorità competenti» possono adottare «ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica» (comma 1), anche tra quelle tipizzate dalla stessa disposizione.

Un potere ancora più sfumato è stato attribuito alla autorità locali con riferimento alla possibilità di adottare "ulteriori misure" di carattere precauzionale nei comuni e nelle aree ancora non interessate dal contagio; rispetto a questo secondo tipo di misure il decreto in commento non ha fornito alcuna precisazione in merito al contenuto (art. 2, comma 1).

La norma in esame è stata posta alla base della sequenza di d.p.c.m. con i quali sono state introdotte misure, incidenti su diversi diritti e libertà costituzionali⁴⁸, e con intensità crescente, fino ad espandersi all'intero territorio nazionale. Infatti, la situazione emergenziale ha richiesto al legislatore di bilanciare il diritto alla salute con gli altri diritti e, nel caso di specie, l'esito dell'operazione ha condotto a ritenere prevalente il diritto della salute, con conseguente (temporanea) limitazione della facoltà di godimento degli altri diritti e libertà. Ragione per la quale, in attuazione del d.l. n. 6 sono stati emanati decreti attuativi i quali hanno disposto la limitazione delle ricordate libertà.

I provvedimenti hanno suscitato numerose perplessità sia sotto il profilo formale, sia sostanziale. In particolare, pur non dubitandosi della necessità di assicurare una celere ed efficace risposta alla crescente emergenza sanitaria da parte del governo, le criticità si sono concentrate sull'aver disposto in una materia, la sanità, attribuita alla competenza concorrente delle Regioni. Sebbene i decreti in questione siano il risultato dell'avocazione delle funzioni legislative concorrenti e si fondino sul principio di

⁴⁶ Recante "Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza".

⁴⁷ Per un'analisi più approfondita del modo in cui a livello regionale e locale si è fatto uso del potere di ordinanza, sia consentito rimandare a V. Di Capua, I. Forgione, Salus rei publicae e potere d'ordinanza regionale e sindacale nell'emergenza Covid-19, in Giorn. Dir. Amm., 3/2020, 330 ss., cui si rinvia pure per riferimenti al dibattito dottrinale in corso.

⁴⁸ Tra cui: libertà di circolazione e soggiorno (art. 16 Cost.), libertà personale (art. 13 Cost.), diritto all'istruzione e alla cultura (art. 34 Cost.), libertà di riunione (art. 17 Cost.), libertà di culto (art. 19 Cost.), libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), diritto al lavoro (artt. 4 e 35 ss. Cost.). La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che qualora il conflitto riguardi diritti o interessi di pari rango costituzionale, il legislatore nazionale può scegliere quello da sacrificare solo all'esito di un'operazione di bilanciamento, comparativa, guidata dal principio di ragionevolezza (Corte costituzionale n. 445/1990). La ragionevolezza della scelta dipende essenzialmente, dall'esito positivo del giudizio di necessità, sufficienza e proporzionalità. In questi termini si veda A. Morrone, Bilanciamento (giustizia costituzionale), in Enc. dir., Ann., vol. II, 2008, 185 ss.

AMBIENTEDIRITTO

sussidiarietà *ex* art. 118 Cost., con conseguente «chiamata in sussidiarietà» della relativa funzione legislativa⁴⁹, tuttavia i decreti sono stati adottati all'esito di una consultazione con i rappresentanti delle Regioni, e non di una intesa, necessaria affinché la procedura risulti legittima⁵⁰.

La disposizione maggiormente problematica del d.l. n. 6 è quella di cui all'art. 3, comma 2, la quale prevede che «nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema necessità ed urgenza», le misure di cui agli artt. 1 e 2 (tipiche e atipiche) possono essere adottate ai sensi dell'art. 32, della legge n. 833 del 1978, dell'art. 117, della legge n. 112 del 1998 e dell'art. 50, del d.lgs. n. 267 del 2000, e quindi, rispettivamente, dal Ministro della Salute, dal Presidente della Regione e dal Sindaco.

Le criticità derivano dal fatto che la disposizione conferisce una generica delega alle autorità competenti nell'emanazione di ulteriori misure, rispetto a quelle tipizzate dall'art. 1. La formulazione della norma ha quindi permesso alle autorità regionali e locali di emanare ordinanze per fronteggiare le criticità emerse nei rispettivi territori che però sono andate intrecciandosi e sovrapponendosi ai provvedimenti nazionali, finendo per generare disordine nell'ordinamento e incertezza nei cittadini, al punto di rischiare di compromettere la strategia nazionale unitaria di gestione dell'emergenza.

Il successivo d.l. 25 marzo 2020, n. 19⁵¹, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, è intervenuto per risolvere le criticità sorte. L'art. 1 del d.l. n. 19 ha introdotto un elemento di flessibilità delle misure rispetto al contenuto, alla durata, nonché all'efficacia territoriale. In tal senso, in modo coerente con i principi di adeguatezza e proporzionalità, le misure di contrasto alla diffusione del virus sono modulabili e reiterabili, anche più volte.

Le disposizioni di cui agli articoli 2 e 3 del decreto disciplinano poi il procedimento di azione delle misure di prevenzione e chiariscono gli spazi di intervento per il potere di ordinanza regionale e sindacale. Se, da un lato, le norme concentrano il potere di gestione dell'emergenza in capo al Presidente del Consiglio, prevedendo che le misure debbano essere adottate con uno o più d.p.c.m., dall'altro, si consente che l'impulso possa provenire anche dai Presidenti delle Regioni interessate o dal Presidente della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, a seconda dell'estensione territoriale (art. 2, comma 1).

Il successivo art. 3, vincola l'esercizio del potere d'ordinanza regionale ad una serie di presupposti e di limiti puntualmente definiti. L'adozione di misure più restrittive può avvenire solo «nelle more» dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri e con efficacia limitata sino a tale momento, nonché al ricorrere di «specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» verificatesi nel territorio regionale o in una parte di esso. Il potere di ordinanza regionale è limitato nell'oggetto, essendo riferito alle attività rientranti nella competenza regionale, con il divieto di regolare le attività produttive e di rilevanza strategica per l'economia nazionale. I limiti sono riferiti anche ai poteri d'ordinanza attribuiti in materia di sanità pubblica (comma

⁴⁹ Ciò è stato precisato da TAR Calabria, n. 841/2020, che ha annullato l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria n. 37 del 29.04.2020 perché in contrasto con quanto disposto dal d.p.c.m. 26 aprile 2020.

⁵⁰ La giurisprudenza costituzionale è stata costante nel ribadire la necessità di una intesa. C. cost. n. 270/2005 e n. 79/2011. Sul punto si veda A. Bartolini, #Torna il coprifuoco?# Alcune riflessioni sul #DPCM (Decreto Presidente Consiglio dei Ministri)# #coronavirus# dell'8 marzo 2020, in ridiam.it, il quale evidenzia come la mancanza di tali condizioni possa inficiare la legittimità della c.d. «chiamata in sussidiarietà».

⁵¹ Recante "Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19".

AMBIENTEDIRITTO	

1), il che denota volontà legislativa escludere ogni possibilità di intervento delle regioni in materia sanitaria, anche in forza di eventuali disposizioni di legge attributive di competenze in materia.

In attuazione del d.l. n. 19 del 2020 è stato emanato, tra gli altri, il d.p.c.m. 10 aprile 2020, il quale denota la volontà dell'esecutivo di unificare, in un unico testo, le misure attuative, conferendo al sistema dell'emergenza una maggiore organicità e risolvendo in parte la criticità derivante dalla pluralità di fonti creata dal d.l. n. 6 del 2020.

Un ulteriore elemento di criticità è dato dalla previsione di cui all'art. 8, comma 2, del d.p.c.m., la quale fa salve «le misure di contenimento più restrittive adottate dalle Regioni, anche d'intesa con il Ministro della salute, relativamente a specifiche aree del territorio regionale». La disposizione sembra contraddire l'art. 3, comma 1, del d.l. n. 19, il quale limita temporalmente l'adozione di misure regionali, più restrittive, consentite "nelle more" dell'adozione dei decreti attuativi nazionali. Attraverso l'art. 8 comma 2 sembra quindi essere stata introdotta una sanatoria delle ordinanze regionali contenenti misure restrittive, con una forte alterazione del sistema delle fonti. Infatti, una norma di rango secondario si pone in contrasto con una di rango primario, creando un ulteriore momento di confusione nel sistema di gestione dell'emergenza. Più correttamente, la salvezza *ex post* delle norme regionali avrebbe dovuto essere introdotta dalla legge di conversione del d.l. n. 19.

4. Emergenza epidemiologica da Covid-19 e gestione dei rifiuti, tra normativa statale, atti di indirizzo e ordinanze regionali.

Come visto nel paragrafo precedente, durante l'emergenza il legislatore nazionale ha sentito l'esigenza di prevedere e tipizzare i poteri di ordinanza regionali. Tuttavia, la medesima tendenza non si riscontra con riferimento ai poteri in materia di ambiente e rifiuti. In sostanza, con riguardo ai poteri in materia di rifiuti, il riparto delle competenze è rimasto invariato, essendosi intervenuti tramite circolari, buone prassi e atti di indirizzo. Il potere di ordinanza regionale, in questo caso, è stato incanalato senza una disciplina specifica, attraverso una norma di legge, diversamente a quanto è stato fatto con riferimento ai poteri in materia di emergenza sanitaria delle regioni e dei sindaci.

Mentre i poteri di ordinanza in materia di emergenza sanitaria regionali e locali sono stati richiamati nei decreti legislativi allo scopo di tipicizzarne il contenuto, invece, i poteri in materia di ambiente sono stati lasciati nel libero esercizio delle regioni, se non per quanto riguarda alcune linee guida, che ritroviamo nelle circolari. Il legislatore nazionale è intervenuto, piuttosto, per dettare norme in materia di ciclo dei rifiuti, senza incidere su spostamenti di competenze e senza creare uno "stato di eccezione" in materia.

Si fa riferimento, in particolare, al d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni in legge n. 27 del 2020, i cui articoli 113 e 113-bis, prevedono la proroga di alcuni adempimenti relativi alla normativa ambientale e ampliano termini e quantità previsti dal d.lgs. n. 152 del 2006 per il deposito temporaneo di rifiuti. In seguito, in sede di conversione del d.l. n. 23 del 2020 (con legge n. 40/2020), è stato introdotto è stato

AMBIENTEDIRITTO	

introdotto l'articolo 30-bis, il quale sottopone i rifiuti a solo rischio infettivo prodotti dalle strutture sanitarie ai rifiuti urbani⁵².

Accanto a quello, disorganici, a livello primario, si colloca un quadro di interventi di altri soggetti e di diverso tipo. Come si è detto in precedenza, l'azione di regolazione è resa necessaria in ragione del fatto che la complessa situazione emergenziale legata all'epidemia ha inciso pure sulla fornitura dei servizi essenziali ai cittadini, tra cui rientra il servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti. La garanzia del corretto e sicuro svolgimento di quest'ultimo ha comportato la necessità di adattarlo alla situazione di emergenza, mediante la previsione di misure supplementari e straordinarie, allo scopo di garantire elevati livelli di sicurezza per la salute dei lavoratori del settore, per la salute pubblica e, parimenti importante, per l'ambiente.

In questo ambito, inoltre, le criticità già presenti nel sistema impiantistico sono andate a sommarsi a quelle derivanti direttamente dalla crisi e dovute alla necessità di differenziare la raccolta dei rifiuti provenienti dalle utenze domestiche in base alla presenza, o meno, di soggetti positivi al Covid-19 ed alla impossibilità di inviare rifiuti verso gli altri Stati membri.

A cercare di regolare questo problematico contesto sono intervenuti atti di indirizzo di soggetti tecnici, i quali si sono limitati a fornire indicazioni, appunto, a carattere tecnico e non vincolanti. Agli organi politici, spetta invece la scelta sul se e come intervenire, esercitando poteri già previsti dall'ordinamento per governare situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute e dell'ambiente, cui può senz'altro essere ricondotta quella dovuta alla pandemia da Covid-19. Per quanto di interesse vengono in rilievo il:

- Rapporto dell'Istituto superiore di sanità Covid-19 n. 3/2020 con "indicazioni ad interim per la gestione dei rifiuti urbani in relazione alla trasmissione dell'infezione da virus sars-cov-2" che fornisce le linee di indirizzo per la raccolta dei rifiuti extra-ospedalieri da abitazioni di pazienti positivi al Covid-19, in isolamento domiciliare, e dalla popolazione in generale;
- Rapporto dell'Istituto superiore di sanità Covid-19 n. 26/2020 con "indicazioni ad interim su gestione e smaltimento di mascherine e guanti monouso provenienti da utilizzo domestico e non domestico" che fornisce le linee di indirizzo per la raccolta dei rifiuti extra-ospedalieri da abitazioni di pazienti positivi al Covid-19, in isolamento domiciliare, e dalla popolazione in generale;
- Documento approvato dal Consiglio SNPA in data 23 marzo 2020 con "Prime indicazioni generali per la gestione dei rifiuti emergenza Covid-19" che, partendo dal rapporto ISS, formula alcune considerazioni aggiuntive sulla raccolta e gestione dei rifiuti urbani in questo periodo evidenziando ulteriori problematiche nel settore dei rifiuti connesse con le carenze dell'attuale sistema di fronte alla nuova situazione di emergenza;
- Circolare del Ministero dell'ambiente del 27 marzo 2020 n. 22276, relativa a "Criticità nella gestione dei rifiuti per effetto dell'Emergenza Covid-19 indicazioni" in cui si suggerisce alle regioni di adottare ordinanze contingibili ed urgenti per derogare alla disciplina vigente al fine di ampliare il deposito, lo stoccaggio, il recupero e lo smaltimento di rifiuti.

⁵² Sotto altro profilo, la medesima legge di conversione ha introdotto l'articolo 4-bis che ha inserito nella lista delle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, previste dall'articolo 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012, i servizi ambientali, le attività di risanamento e di bonifica e altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti.

AMBIENTEDIRITTO	

I documenti citati hanno costituito la fonte regolativa non normativa per la gestione dei rifiuti nella fase dell'emergenza, con i conseguenti problemi in tema di rapporto tra le fonti, proporzionalità ed adeguatezza delle misure, cui si farà riferimento in seguito.

Il rapporto ISS n. 3/2020⁵³ richiama espressamente «l'esigenza di dettare modalità operative per la gestione dei rifiuti urbani improntate sul principio di cautela su tutto il territorio nazionale, come da d.p.c.m. 9 marzo 2020». Il rapporto, muovendo dall'incertezza circa i tempi di permanenza del virus su differenti superfici e materiali (inclusi i rifiuti), suggerisce di introdurre, per quanto possibile, regole volte ad isolare i rifiuti potenzialmente infetti senza che essi siano manipolati dalle persone (produttori e operatori del servizio di raccolta).

La Nota distingue due categorie di rifiuti urbani: quelli provenienti da abitazioni dove sono presenti soggetti positivi al tampone o in regime di quarantena; quelli prodotti da persone non infette. Nel primo caso, si raccomanda di interrompere la raccolta differenziata e di conferire insieme tutti i rifiuti domestici, indipendentemente dalla loro natura. Particolari cautele vengono suggerite con riferimento a guanti e mascherine monouso e agli altri materiali a diretto contatto con i malati(es. fazzoletti di carta, carta in rotoli, teli monouso), i quali vengono considerati come rifiuti sanitari ed assoggettati alla speciale disciplina di cui al DPR 254/2003, recante "Regolamento recante disciplina della gestione dei rifiuti sanitari". Per questa tipologia di rifiuti il regolamento stabilisce (art. 2) che la raccolta venga effettuata in appositi contenitori, smaltita tramite aziende e impianti espressamente autorizzati a trattare rifiuti sanitari e trattata mediante sterilizzazione e incenerimento.

Nel secondo caso, viene raccomandato di mantenere le ordinarie modalità di raccolta, senza interrompere la raccolta differenziata.

Al fine di ridurre il rischio per i soggetti interessati dalla produzione e smaltimento dei rifiuti, vengono indicate modalità tecnico-operative a scopo precauzionale ed al fine ultimo di contenere il rischio di contagio per i lavoratori, pur garantendo il servizio pubblico. Per gli operatori, ad esempio, vengono indicate una serie di precauzioni da rispettare, riguardanti sia le modalità di svolgimento del servizio, sia la protezione individuale (modalità di svestizione a fine turno, sanificazione degli indumenti etc.).

Fondamentale, per tracciare il regime emergenziale di gestione dei rifiuti, è il documento dell'ISPRA/SNPA del 23/03/2020⁵⁴ il quale si concentra sulle questioni legate agli impianti di smaltimento e recupero dei rifiuti. I documenti tecnici elaborati da ISS e ISPRA al fine di limitare al massimo il pericolo per la salute e l'ambiente durante l'emergenza epidemiologica, convergono nel distinguere in due categorie (quelle descritte *supra*) i rifiuti urbani e nel raccomandare l'attivazione di un servizio di raccolta dedicato per i rifiuti potenzialmente infetti, tale da garantire che gli operatori non entrino in contatto con essi, senza alcun trattamento preliminare, in deroga alle norme ordinarie in tema di smaltimento dei rifiuti urbani.

Il Documento ribadisce, inoltre, l'importanza di garantire la raccolta e la gestione dei rifiuti urbani, in quanto servizio pubblico essenziale, e formula alcune considerazioni aggiuntive sulla raccolta e gestione dei rifiuti urbani nel periodo di emergenza epidemiologica, evidenziando altresì ulteriori problematiche nel settore dei rifiuti

⁵³ Reperibile all'indirizzo: https://www.iss.it/rapporti-covid-19/-/asset_publisher/btw1J82wtYzH/content/rapporto-iss-covid-19-n.-3-2020-indicazioni-ad-interim-per-la-gestione-dei-rifiuti-urbani-in-relazione-alla-trasmissione-dell-infezione-da-virus-sars-cov-2.

⁵⁴ Disponibile all'indirizzo: https://www.snpambiente.it/2020/03/24/emergenza-covid-19-indicazioni-snpa-sullagestione-dei-rifiuti/.

AMBIENTEDIRITTO	
THIRDILLITEDIRGITO	

connesse con le carenze dell'attuale sistema, a fronte alla nuova situazione di emergenza⁵⁵.

Il successivo rapporto ISS n. 26/2020 è intervenuto in relazione alle esigenze che hanno dato luogo all'evoluzione delle misure di contenimento, con particolare riferimento a quanto disposto dal d.p.c.m. 26 aprile 2020, il quale ha previsto l'uso di mascherine e il distanziamento sociale in ambito lavorativo, sui servizi di trasporto pubblico, e in tutte le occasioni in cui non sia possibile garantire continuativamente il mantenimento della distanza di sicurezza.

Nella prospettiva del rapporto ISS n. 26/2020 la ripresa graduale delle attività produttive e la modulazione in riduzione delle restrizioni di ordine generale per la popolazione implica un significativo incremento dell'utilizzo delle mascherine e di guanti, con un conseguente incremento delle quantità di rifiuti da smaltire dopo l'uso di questi presìdi.

4.1. La Circolare del Ministero dell'Ambiente n. 22276 del 2020 e l'intervento delle Regioni.

La circolare del Ministero dell'ambiente n. 22276/2020, allo scopo di «prefigurare la possibilità di addivenire a regimi straordinari, temporalmente circoscritti alla durata dell'emergenza» indica, quale strumento per affrontare i problemi posti dall'emergenza epidemiologica, le ordinanze contingibili e urgenti di cui all'articolo 191 del d.lgs. 152 del 2006. Ad esse si dovrebbe associare, per lo stoccaggio e lo smaltimento in discarica (fasi che necessitano di autorizzazione), la procedura della s.c.i.a. di cui all'art. 19 della legge n. 24 del 1990, che «rappresenta la modalità maggiormente semplificata che l'ordinamento conosce per rilasciare titoli abilitativi», accompagnata da apposita relazione di tecnico abilitato.

La Circolare ha fornito alle regioni e alle province autonome indicazioni sugli ambiti e sugli interventi delle ordinanze eventualmente adottate, con riferimento a:

- a) capacità di stoccaggio degli impianti (punto 1);
- b) deposito temporaneo dei rifiuti (punto 2);
- c) deposito dei rifiuti urbani presso i centri di raccolta comunali (punto 3);
- d) impianti di incenerimento (punto 4);
- e) smaltimento in discarica (punto 5).

Le ordinanze riprendono le previsioni della Circolare, ma integrando e modificando quanto da questa disposto attraverso l'introduzione di propri limiti e criteri. In tal senso è intervenuta la Regione Lombardia, la quale ha derogato alla classificazioni dei rifiuti potenzialmente infetta descritta a livello nazione, in particolare, specificando che tutti quei rifiuti derivanti da mascherine, guanti monouso ed altri prodotti classificabili come DPI, utilizzati come mezzi di prevenzione rispetto al contagio, sono da considerarsi assimilabili agli urbani e come tali smaltibili nella frazione di rifiuti indifferenziati⁵⁶.

⁵⁵ Nel corso dell'audizione del 7 maggio 2020 della Commissione di inchiesta sulla gestione dei rifiuti nell'ambito dell'emergenza Covid-19, ISPRA ha ammesso che, in concreto, la differenziazione relativa a rifiuti prodotti da positivi in quarantena è risultata non praticabile, per la difficoltà delle aziende di organizzare una gestione separata soprattutto nelle zone di maggior diffusione del contagio – laddove la priorità delle aziende è stata quella di mantenere operativo il servizio; nondimeno erano da valutare anche problemi di tutela della riservatezza dei cittadini. Cfr. il Rapporto 8 luglio 2020 disponibile sul sito della Camera dei Deputati.

⁵⁶ Ordinanza Regione Lombardia n. 520 del 1/04/2020, punto 3 e n. 554 del 29/05/2020, che sostituisce lo stesso punto 3, includendo il riferimento anche alle attività economiche.

AMBIENTEDIRITTO

In merito alla capacità di stoccaggio degli impianti, la Circolare suggerisce una modifica delle autorizzazioni rilasciate ai sensi dell'art. 208 del d.lgs. n. 152 del 2006, e ai sensi del titolo III-bis della Parte seconda (AIA) del medesimo decreto, anche per i titolari delle operazioni di recupero (artt. 214 e 216 del d.lgs. n. 152), con specifico riferimento alle operazioni di gestione dei rifiuti, al fine di aumentare la capacità annua di stoccaggio entro un limite massimo comunque inferiore al 50%, per garantire flessibilità al sistema⁵⁷.

Tale incremento, secondo quanto previsto dalla Circolare, dovrebbe essere disposto tramite s.c.i.a. indirizzata alle autorità competenti (prefettura, ARPA e vigili del fuoco) e accompagnata dalla relazione di un tecnico abilitato, il quale asseveri: il rispetto di quanto indicato nell'autorizzazione in essere, i quantitativi di rifiuti oggetto della richiesta di aumento; il rispetto delle disposizioni in materia di prevenzione incendi e piani di emergenza; la garanzia di spazi adeguati di stoccaggio in relazione all'aumento previsto; il rispetto delle norme tecniche di stoccaggio, adeguati sistemi di raccolta e trattamento degli eventuali ed ulteriori eluati prodotti dai materiali stoccati; a presenza dei necessari sistemi di copertura per evitare infiltrazioni e l'esistenza di idonei sistemi di confinamento e contenimento.

Le indicazioni ministeriali sono state recepite dalle regioni in termini tra loro non omogenei.

La regione Lombardia, con riferimento alla capacità di stoccaggio, ha previsto una deroga all'aumento del 20% massimo delle capacità di stoccaggio annua ed istantanea autorizzate *ex* articoli 208, 214 e 216 del d.lgs. n. 152 del 2006⁵⁸. Per la regione Lazio l'aumento massimo previsto è del 30%, per la capacità di stoccaggio annua ed istantanea⁵⁹; per la regione Sicilia, le capacità autorizzate possono essere aumentate del 20%, per quella annuale, e del 40%, per quella giornaliera⁶⁰. In tutti i casi, ripetendo quanto previsto dalla Circolare, le ordinanze hanno cura di precisare che le deroghe concedibili previa s.c.i.a. e senza alcun onere finanziario aggiuntivo, anche per i cittadini.

Con riferimento al deposito temporaneo di rifiuti, la Circolare ha previsto la possibilità di derogare, fermo restando il rispetto delle disposizioni in materia di prevenzione degli incendi, al limite del deposito temporaneo di rifiuti, individuato in via generale dalla legge all'art. 183, comma 1, lett. bb), punto 2) del d.lgs. n. 152 del 2006 (frequenza trimestrale; quantitativi massimi: 30 metri cubi di cui 10 pericolosi) e per una durata non superiore a 18 mesi. Tale previsione, è stata recepita dall'art. 113-bis del d.l. n. 18, il quale consente (così come già disposto dalla Circolare) di passare ad una quantità di 60 metri cubi di cui 20 di rifiuti pericolosi. Le regioni sono quindi intervenute, tramite ordinanza ex art. 191, per autorizzare le deroghe rese possibili dal nuovo quadro emergenziale in modo coerente con le esigenze del territorio. Alcune si

⁵⁷ Per un inquadramento generale delle procedure autorizzatorie per la gestione dei rifiuti, A. Borzì, La gestione dei rifiuti, in Trattato di diritto dell'ambiente, II, cit., 605 ss., spec. 661 ss.; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, Introduzione al diritto dell'ambiente, Bari-Roma, 2018, 234 ss.

⁵⁸ Ordinanza Regione Lombardia n. 520, cit., punto 16.

⁵⁹Ordinanza Regione Lazio n. 22 del 01/04/2020, punto A) n. 3. La Regione Lazio era già intervenuta con l'ordinanza n. 15 del 25/03/2020 a dettare disposizioni per la raccolta e gestione dei rifiuti, riprendendo le indicazioni dell'ISS per dettagliarle ed adattarle alle strutture del territorio.

⁶⁰ Ordinanza Regione Sicilia, n. 1/Rif del 27/03/2020, art. 5.

AMBIENTEDIRITTO	

sono limitate a ribadire quanto già previsto dalla Circolare⁶¹; altre hanno posto limiti temporali e quantitativi più stringenti⁶².

Per quanto riguarda il deposito dei rifiuti urbani presso i centri di raccolta comunali, la Circolare ricorda che le ordinanze di cui all'art. 191 possono consentire anche un aumento della capacità annua ed istantanea di stoccaggio, nel limite massimo del 20%, del deposito dei rifiuti urbani presso i centri di raccolta comunali e fino ad una durata doppia di quella individuata all'Allegato I, punto 7.1 del Decreto del Ministero dell'Ambiente 8/04/2008.

L'indicazione è stata accolta da alcune regioni, quali il Lazio⁶³, che ha consentito ai centri di raccolta comunale un incremento del 20% dei quantitativi e un raddoppio della durata temporale, previo esplicito nulla osta del competente ufficio comunale.

La Circolare fornisce indicazioni anche con riferimento agli impianti di incenerimento, aprendo alla possibilità di raggiungere la capacità termica massima valutata in sede di autorizzazione. L'indicazione ha lo scopo di garantire il prioritario avvio dei rifiuti urbani indifferenziati provenienti dalle abitazioni in cui sono presenti soggetti positivi al tampone, in isolamento o in quarantena obbligatoria.

Anche in relazione a tale aspetto, sono intervenute le regioni, tra cui la Sicilia, che ha disposto l'invio di simili rifiuti alla termodistruzione in via privilegiata⁶⁴. La regione Lombardia, per quanto riguarda le caratteristiche merceologiche, consente di derogare, previa semplice comunicazione, ai protocolli di accettazione dei rifiuti in ingresso agli impianti di incenerimento e a tutti gli inceneritori per rifiuti urbani, affinché i rifiuti sanitari a rischio infettivo possano essere trattati negli inceneritori di rifiuti urbani⁶⁵.

In ultimo, la Circolare si occupa dello smaltimento in discarica, affermando che, se necessario ai fini della chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti urbani nel contesto emergenziale, le ordinanze regionali possono consentire una modifica temporanea dell'autorizzazione, al fine di garantire il conferimento degli scarti derivanti dal trattamento dei rifiuti urbani, differenziati e indifferenziati, privi di possibili destinazioni alternative, purché si tratti di scarti non classificati come rifiuti pericolosi da parte del gestore dell'impianto⁶⁶. Anche tale modifica è ammessa previa s.c.i.a., correlata da una relazione tecnica asseverata e previo trattamento idoneo a garantire la sicurezza nel trasporto e nello stoccaggio dei rifiuti, in modo da evitare qualsiasi fuoriuscita del materiale.

In sintesi, sulla base delle indicazioni fornite nella Circolare n. 22276, regioni e province autonome sono intervenute con ordinanze disponendo, in molti casi, un incremento della capacità di stoccaggio degli impianti, della durata del deposito presso i centri di raccolta (sia in termini temporali sia in termini quantitativi), della capacità termica massima valutata in sede di autorizzazione. Tuttavia, dal momento che le possibili percentuali di aumento non sono state precisate dal Ministero, se non in termini massimi, ogni regione le ha individuate in modo autonomo e diversificato.

⁶¹ Ordinanza Regione Lombardina n. 520, cit., punto 17, dove si prevede la frequenza semestrale delle operazioni di recupero o smaltimento e l'innalzamento dei quantitativi fino ai limiti di deroga ammessi.

⁶² È questo il caso della Regione Lazio la quale, nell'ordinanza n. Z00022, cit., punto B), prevede un aumento massimo del 50% dei quantitativi previsti per il deposito temporaneo dall'art. 183 comma 1 lettera bb) punto 2 e per un limite massimo di 12 mesi.

⁶³ Ordinanza Regione Lazio n. 22, cit., punto C).

⁶⁴ Ordinanza Regione Sicilia, n. 1/Rif, cit., art. 4 punto 3.

⁶⁵ Ordinanza Regione Lombardina n. 520, cit., punto 4 e n. 554, cit., punti 12-13.

⁶⁶ Ordinanza Regione Sicilia, n. 1/Rif, cit., art. 4 punti 4-5.

AMBIENTEDIRITTO	

Inoltre, la capacità di stoccaggio e di messa in riserva degli impianti e le autorizzazioni relative ai rifiuti conferiti in discarica possono essere oggetto di mutamento sulla base di una mera dichiarazione (la s.c.i.a.) con la quale il privato segnala alla pubblica amministrazione la modifica dell'attività. Ne consegue una variazione delle attività inerenti la gestione dei rifiuti, in assenza di un provvedimento preventivo di autorizzazione e in assenza di precisi limiti, in quanto gli unici presupposti richiesti dalla Circolare (e dalle ordinanze emanate sulla base di questa) per poter richiedere le predette modifiche, riguardano il rispetto della normativa antincendio.

L'esito di una siffatta disciplina non può che suscitare riserve.

Il combinato disposto di s.c.i.a., deroga alle autorizzazioni e modifica di esse come disciplina eccezionale "generale", operante cioè rispetto a tutti i rifiuti e non limitata ad alcune categorie non pare giustificata. In primo luogo, non lo è dall'aumento della produzione di rifiuti i quali, invece, sono diminuiti, né dall'esigenza di limitare i rischi derivanti dalla carenza di idonei servizi di raccolta, trasporto e smaltimento.

In secondo luogo, suscita perplessità lo strumento tramite cui si è scelto di governare la materia nell'ambito dell'emergenza. Si è visto come la giurisprudenza sia intervenuta a più riprese a chiarire i limiti di legittimità del ricorso allo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti di cui all'art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006, in quanto tali ordinanze sono talvolta state utilizzate dagli enti territoriali e locali in modo improprio, allo scopo di derogare implicitamente alla disciplina ordinaria. Viceversa, il ricorso a tali atti è subordinato ai ricordati requisiti e condizioni⁶⁷, in assenza dei quali esse sono illegittime⁶⁸. L'indicazione, da parte della Circolare, di intervenire tramite ordinanza ex art. 191 d.lgs. n. 152 deve dunque essere associata al rispetto dei presupposti indicati dalla norma di rango primario.

Un atto di indirizzo, non vincolante e recante buone prassi, non può costituire una generica fonte di legittimazione. Piuttosto, per valutare la legittimità delle ordinanze regionali, occorre fare riferimento al corretto inquadramento nell'ambito della fonte primaria e, in particolare, al rispetto dei presupposti di adozione, dei requisiti formali, sostanziali e di durata, del principio di proporzionalità, che deve guidare sempre gli interventi in materia ambientale, in ragione della rilevanza e preminenza degli interessi che vengono in gioco. Il principio di proporzionalità richiede, nello specifico, che le disposizioni delle ordinanze siano contenute nella loro portata al minimo indispensabile per fronteggiare la concreta situazione di eccezione⁶⁹. Per questa ultima ragione la norma generale richiede pure lo svolgimento di un'istruttoria tecnica comprendente i pareri degli organi tecnici o tecnico sanitari chiamati ad esprimersi con specifico riferimento alle conseguenze ambientali (art. 191, comma 3).

Per quanto detto, ulteriori perplessità emergono con riferimento all'ordinanza della regione Sicilia, circa la scelta di disciplinare tramite ordinanza aspetti relativi al trattamento dei rifiuti ma non legati alla gestione dell'emergenza. Ad esempio, la previsione della diminuzione dei tempi di trattamento della frazione organica, dello svolgimento di campagne di impianti mobili per il trattamento del rifiuto urbano indifferenziato e della frazione organica, nonché della sufficienza di una perizia giurata

⁶⁷ Cfr. supra (paragrafo 2).

⁶⁸ Oltre ai riferimenti giurisprudenziali richiamati supra (paragrafo 2), si veda, circa i poteri di verifica del giudice penale sulla presenza dei presupposti per l'emanazione delle ordinanze, Cass. Penale, n. 27505/2008.

⁶⁹ Questi presupposti ed esigenze sono enucleati e approfonditi nella Circolare interpretativa del Ministero dell'Ambiente prot. 5982/RIN del 22/04/2016. In particolare, sul principio di proporzionalità si veda il punto 3.

AMBIENTEDIRITTO	
THUDILITIEDHULLO	

circa l'idoneità degli impianti perché i gestori possano avvalersi delle deroghe (art. 5 comma 3 lett. c), e), f)) non è riferibile all'emergenza né alle previsioni della Circolare, la quale si occupa della gestione dei rifiuti indifferenziati e detta indirizzi precisi sulle azioni da compiere.

Simili deroghe non legate alla necessità di gestire l'emergenza rischiano, dunque, di provocare gravi danni all'ambiente. In altri termini, il ricorso alle ordinanze non può considerarsi legittimo sulla base di un atto di mero indirizzo e contenente indicazioni operative, a carattere tecnico, qual è una circolare. Lo strumento della circolare è riconducibile ad un'indicazione di buona prassi, come tale non idonea ad escludere l'obbligo del rispetto degli obblighi di legge applicabili nella fattispecie. Piuttosto, per verificare la legittimità delle ordinanze, occorre fare riferimenti ai limiti posti dalla fonte primaria che le regola, allo scopo di verificare il modo di uso del potere. In tal senso, il legislatore avrebbe dovuto proporre soluzioni normative volte a regolare in maniera univoca la risposta all'emergenza in tema di rifiuti, al fine di evitare il verificarsi di situazioni disomogenee a livello locale e interventi non strettamente legati alla situazione contingente.

5. Riflessioni finali.

La gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha, nei fatti, posto in risalto il ruolo dello strumento dell'ordinanza: sebbene nelle intenzioni iniziali del legislatore avrebbe dovuto svolgere la tradizionale funzione di «valvola» per fronteggiare e risolvere le situazioni critiche, nei limiti tratteggiati dalle fonti superiori, tuttavia, le autorità vi hanno fatto ampissimo ricorso, generando una funzione amministrativa di gestione emergenziale sovrapposta, e in alcuni casi, derogatoria a quella nazionale. Si è assistito ad una torsione dei caratteri tradizionalmente riconosciuti come propri del provvedimento che, da atipico, ha finito per assumere un contenuto tipizzato o, comunque, per muoversi all'interno degli argini costruiti, e progressivamente rinforzati, dal legislatore nazionale⁷⁰. Il processo di tipizzazione è stato tuttavia correttamente realizzato con fonte di rango primario (decreto legge convertito successivamente in legge) solo con riguardo ai poteri d'ordinanza in materia di emergenze sanitarie, di igiene pubblica e di sanità pubblica, richiamati dalla normativa d'eccezione nazionale, arrestandosi invece all'emanazione di un mero atto di indirizzo nel caso dei provvedimenti d'urgenza in materia di rifiuti, arrecando un'ulteriore ferita ai principi di legalità e dello Stato di diritto già messi a dura prova durante l'emergenza in corso. Nonostante il potere ex art. 191 del d.lgs. n. 152 del 2006 sia stato "pensato" per gestire una necessità, un'emergenza, di fatto, l'esame delle ordinanze adottate dalle Regioni ne ha scoperto l'altro volto, spesso accuratamente celato, la vera ragione giustificatrice, che risiede essenzialmente nell'esigenza di far fronte a carenze endemiche di sistema,

⁷⁰ Il profilo della tipizzazione delle ordinanze emergenziali è efficacemente colto da B. Cavallo Perin, Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza, in Giustizia Insieme, 15 maggio 2020, disponibile all'indirizzo web www.giustiziainsieme.it.



inefficienze organizzative 71 . Ragioni, queste, che non dovrebbero mai porsi come fondamento legittimante l'emanazione di tali atti.

⁷¹ Evidente nei presupposti dell'ordinanza della Regione Sicilia n. 1/Rif./2020, cit., ove si fa riferimento ai «rischi derivanti dalla carenza di idonei servizi di raccolta, trasporto e smaltimento» aggravati dal «notevole aumento della produzione dei rifiuti a rischio infettivo da Covid-19, sia nelle strutture sanitarie sia nelle utenze domiciliari in cui soggiornano pazienti positivi».

AMBIENTEDIRITTO

'AMBIENTE': COMPLESSITÀ DI UNA NOZIONE GIURIDICA.

I tentativi di offrirne una ricostruzione costituzionale emancipata dalla dimensione 'antropocentrica' *.

Daniele Porena

Abstract (*It*): Il presente contributo è finalizzato ad esplorare le difficoltà di identificare una nozione giuridica condivisa e unitaria di ambiente. La parola 'ambiente', solo recentemente entrata a far parte della Carta costituzionale, risulta infatti "contesa" tra una pluralità di orientamenti culturali di matrice l'una opposta all'altra. Dall'antropocentrismo, ancora dominante nelle carte costituzionali, nei trattati internazionali e nelle normazioni interne, si differenziano orientamenti di tipo ecocentrico e biocentrico che iniziano a manifestarsi in talune codificazioni giuridiche.

Abstract (En): This contribution is aimed at exploring the difficulties of identifying a shared and unitary legal notion of environment. The word 'environment', which has only recently become part of the italian Constitution, is in fact "disputed" between a plurality of cultural orientations of an opposing matrix. From anthropocentrism, still dominant in constitutions, international treaties and internal regulations, there are different ecocentric and biocentric orientations that begin to manifest themselves in certain legal codifications.

SOMMARIO: 1. Introduzione. **- 2.** La nozione di ambiente nel diritto internazionale e dell'Unione europea tra antropocentrismo, ecocentrismo e biocentrismo. **- 3.** Il concetto di ambiente nelle costituzioni nazionali. **- 4.** Il concetto di ambiente nella Costituzione italiana. **- 5.** Ipotesi di costituzionalizzazione dell'ambiente in Italia.

^{*} Il presente contributo è destinato ad essere pubblicato e nel volume collettaneo dal titolo provvisorio "Dall'ecocritica alle ecocritiche" a cura di Alessandro Clericuzio.

^{**} Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia. Questo, per lo meno, secondo l'approccio che emerge dagli studi condotti dalla Scuola storica del diritto.

AMBIENTEDIRITTO	
THUDILITIEDHULLO	

1. Introduzione.

Le modalità attraverso le quali il fenomeno giuridico si esprime in termini positivi sono profondamente innervate, non occorrerà sottolinearlo, dalle differenti tradizioni e percorsi culturali, filosofici e religiosi che ciascun gruppo politico tramanda a se stesso, nel succedersi tra generazioni¹.

L'impronta più marcata delle tradizioni giuridiche si coglie con nitidezza sempre più accentuata man mano che si scala l'ideale piramide dell'ordinamento sino ai suoi livelli più "rarefatti": in definitiva, è nel riconoscimento dei valori e nell'enunciazione dei principi che si coglie l'essenza politica più profonda di ciascun popolo.

Il concetto giuridico di ambiente non sfugge alla constatazione che precede. Ed infatti, di 'ambiente' non ce n'è uno solo: a una stessa categoria finiscono per corrispondere assai diverse prospettive attraverso cui i popoli hanno dato svolgimento

alla nozione offrendone, ciascuno, una rispettiva codificazione giuridica.

Le Costituzioni degli Stati, gli ordinamenti sovranazionali e le elaborazioni del diritto internazionale si sono evolute, nel corso degli ultimi cinquant'anni, lungo una percezione sempre più diffusamente condivisa sull'urgenza di affermare avanzate forme di protezione dell'ambiente: continua a scorgersi, tuttavia, nel lessico dei legislatori, un'ineliminabile tendenza a preservare orientamenti sedimentati in profondità, nella coscienza collettiva dei rispettivi popoli.

Il concetto di ambiente continua oggi ad essere conteso e lacerato tra approcci e convinzioni che coinvolgono, in ultima analisi, la stessa concezione dell'uomo e la sua collocazione: rispetto al 'creato', per alcuni, nella 'biosfera' o tra gli 'ecosistemi' per altri.

2. La nozione di ambiente nel diritto internazionale e dell'Unione europea tra antropocentrismo, ecocentrismo e biocentrismo.

Non vi è trattazione organica sul diritto ambientale dove non compaia, almeno per cenni, un qualche riferimento a concetti quali 'antropocentrismo', 'ecocentrismo' oppure, ancora, 'biocentrismo'² per distinguere approcci e modi di intendere uno stesso valore e per rintracciare l'impronta che è alla base di ciascuna differente narrazione giuridica.

Solo per sommi capi, è possibile osservare come ad una tradizione antropocentrica si riallaccino le descrizioni tendenti ad enfatizzare la dimensione antropica quale punto di riferimento assiologico rispetto al quale ogni ulteriore dinamica naturale finisce per assumere portata ancillare e servente. Ambiente, nel più diligente significato etimologico della parola, non altro significherebbe se non tutto ciò che circonda l'uomo³.

Ed in effetti, come si vedrà, gli ordinamenti giuridici, specie ove innervati da radicate tradizioni culturali e religiose, sembrano aver fatto una certa fatica a discostarsi da una

¹ Come ci ricorda V. VILLA, Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica, Torino, 2012, p. 84, «secondo il fondatore della Scuola storica, Friederich Karl Von Savigny, il diritto è una realtà composita, costituita da una pluralità di elementi, situati a livelli diversi. (...) Il diritto per la Scuola storica è come un organismo, un tutto vitale creato da un popolo dotato di comuni tradizioni e cultura. Di questo organismo il giurista deve ricostruire la struttura di base, che è espressione di quella tradizione culturale (le nozioni e gli istituti giuridici fondamentali), che preesiste nella coscienza giuridica del popolo, al di là dello strato superficiale composto dalle produzioni normative dei vari e contingenti legislatori storici».

² Di recente, per un esame ed un confronto tra le diverse etiche ambientali, cfr. M. ANDREOZZI, *Biocentrismo ed ecocentrismo a confronto: verso una teoria non-antropocentrica del valore intrinseco*, Milano, 2017.

AMBIENTEDIRITTO

concezione delle fenomenologie naturali che, per certi aspetti, appare persino utilitaristica. L'idea che conferirebbe all'uomo, unico creato ad immagine della divinità, la prerogativa del *dominium terrae* – per quanto in parte rimeditata nello sviluppo plurisecolare della cultura cristiana⁴ – si sposa felicemente e, per molti aspetti, paradossalmente, con il concetto comune a una gran parte delle teorie della giustizia secondo cui la fenomenologia giuridica, quale astrazione umana, non può che avere l'uomo quale unico ed autentico referente soggettivo.

Da qui la tendenza talora a trascurare l'ambiente, talora a ridimensionarlo all'interno di una relazione di tipo "proprietario" che lo vedrebbe inesorabilmente asservito ai bisogni ed alle necessità dell'uomo⁵. Altri orientamenti, largamente diffusi nella letteratura filosofica, sociologica e scientifica, sorreggono le ragioni che sarebbero alla base delle tesi comunemente definite sotto la nozione di 'ecocentrismo'.

A prevalere, in questo caso, sarebbe una prospettiva di tipo olistico orientata a sostenere l'idea secondo cui la natura, nel suo complesso, assumerebbe l'intrinseco valore di un concetto differente e maggiore rispetto alla sola somma degli elementi che la compongono. In estrema sintesi, il progetto ecocentrico sarebbe orientato a realizzare il "punto di vista" della natura: nell'ambito di quest'ultima la dimensione antropica rappresenterebbe una mera componente ⁶. Non mancano poi descrizioni intermedie,

³ Ciò, quantomeno, in base alla derivazione latina della parola ambiens, quale participio presente del verbo ambire, 'circondare', 'stare intorno'. Cfr. A. PADALINO MORICHINI, I beni paesaggistici: sanzioni penali e amministrative, in A. MACCARI – V. PIERGIGLI (a cura di), Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi, Milano, 1986, p. 695, che riprende la nozione di ambiente nel significato di «natura, come luogo più o meno circoscritto in cui si svolge la vita dell'uomo, degli animali, delle piante, con i suoi aspetti di paesaggio, le sue risorse, i suoi equilibri, considerata sia in sé stessa sia nelle trasformazioni operate dall'uomo e nei nuovi equilibri che ne sono risultati, e come patrimonio da conservare proteggendolo dalla distruzione, dalla degradazione, dall'inquinamento», contenuta nel Vocabolario della lingua italiana, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1986, I, p. 147.

⁴ In tema, cfr. F. OST, La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit, Paris, 2003, p. 32, «on ne peut nier, cepedant, que les trois grandes religions du Livre (judaisme, christianisme et islam) ont contribué à une désacralisation décisive de la nature. Dès lors que celle-ci est conçue comme création, sa valeur est nécessariement relative, subordonnée à la toute-puissance de son créateur».

⁵ Prospettiva, questa, che la migliore dottrina tende a dover considerare, sotto il profilo della ricostruzione giuridica, recessiva e superata. Cfr. G. AZZARITI, Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 – Modifica articolo 9 della Costituzione, p. 5, reperibile in www.senato.it, secondo cui «la collocazione di questo "dovere" di tutela tra i principi fondamentali dello stato costituzionale deve portare all'emancipazione del bene ambiente dalla dimensione esclusivamente "proprietaria" che ha sino ad ora prevalentemente avuto. Detto in altre parole – più consone alla concettuologia giuridica – si tratta di superare la visione esclusivamente "antropocentrica", legata cioè all'uso dell'ambiente utile per il singolo o la collettività, tutelato solo se e in quanto diritto soggettivo, per coniugare questa visione con quella "oggettiva", ovvero di un ambiente inteso come "bene comune" che risulta essere (come di recente ha scritto la Corte costituzionale) «di primaria importanza per la vita sociale ed economica», da preservare come bene in sé, per assicurare l'ecosistema alle attuali generazioni e a quelle future».

⁶ Come sostiene S. J. ROWE, Ecocentrism: the Chord that harmonizes Humas and Earth, in The Trumpeter, 11, 1994, pp. 106-107, «the ecocentric argument is grounded on the bealf that compared to the undoubted importance of the human part, the whole Ecosphere is even more significant and consequential: more inclusive, more complex, more integrated, more creative, more beautiful, more mysterious, and older than time. The 'environment' that anthropocentrism misperceives as materials designed to be used exclusively by humans, to serve the needs of humanity, is in the profoundest senso humanity's source and support: its ingenious, inventive life-giving matrix. Ecocentrism goes beyond biocentrism with its fixation on organism, for the ecocentric view people are inseparable from the inorganic/organic nature that incapsulates them. They are particles and waves, body and spirit. In the context of Earth's ambient energy».

AMBIENTEDIRITTO

quali quelle 'biocentriche', tese a valorizzare l'intrinseco valore della vita nelle forme differenti in cui essa si manifesta⁷. L'"egualitarismo biocentrico" alla base delle predette teorie finisce poi per trovare elementi di temperamento in quegli orientamenti volti a differenziare - secondo una prospettiva assiologica fondata sull'agire razionale che caratterizza l'uomo nella sua unicità - la persona umana dalle diverse specie biotiche e dalle più elementari forme di vita organica. Più di un segno di favore rispetto alla concezione antropocentrica dei rapporti tra uomo ed ambiente è possibile reperire all'interno di una ponderosa vastità di orientamenti e testi normativi.

Lo stesso percorso che ha condotto all'erezione dello sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali nella materia ambientale⁸ denota, in effetti, come l'inclinazione delle preoccupazioni sia saldamente rivolta alla preservazione della vita umana. Un primo tratto di quanto osservato già si coglieva nella Dichiarazione di Rio de Janeiro⁹, laddove fu enunciato il principio secondo cui «gli esseri umani sono al centro delle problematiche per lo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto ad una vita sana e produttiva in armonia con la natura». Il punto di caduta della predetta enunciazione fu poi individuato nel concetto secondo cui lo sviluppo economico non va regolato in base alle condizioni ambientali in sé considerate quanto, piuttosto, in base alla sostenibilità dei mutamenti imposti a queste ultime in funzione della vita futura dell'uomo¹⁰.

Si pensi, ancora, al principio "chi inquina paga". Largamente riconosciuto in una pluralità di testi internazionali¹¹, il principio tende a trasferire nell'ambito della

⁷ Cfr. P. MADDALENA, L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica, in Ambiente&sviluppo, n. 6, 2007, p. 478, ove l'Autore mostra una certa inclinazione al superamento del principio antropocentrico osservando che «se l'uomo è parte della natura non si può negare che il valore dell'uomo si estende alla natura, con la conseguenza che occorre far riferimento non più al principio antropocentrico, ma al principio biocentrico o, meglio, al principio ecocentrico: ciò che ha valore è la «comunità biotica», un concetto cioè che «allarga i confini della comunità (umana), per includervi suoli, acque, piante ed animali e, in una sola parola, la Terra».

⁸ Per una più ampia trattazione dei temi e delle questioni legate al principio di sostenibilità sia consentito un rinvio a D. PORENA, *Il principio di sostenibilità*. *Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017. Ancora, per un approfondimento dedicato alle specificità del concetto di sostenibilità ambientale, sia consentito ricordare D. PORENA, *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2016, pp. 1 e ss.

⁹ La Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, Riunita a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992, riaffermando ed ereditando i principi e i punti di approdo raggiunti con la Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente adottata a Stoccolma il 16 giugno 1972 proclamò i ventisette principi contenuti nella Carta.

¹⁰ La dimensione intergenerazionale del concetto di sviluppo sostenibile si coglie con chiarezza nel terzo principio enunciato dalla Dichiarazione, secondo cui «il diritto allo sviluppo deve essere realizzato in modo da soddisfare equamente le esigenze relative all'ambiente ed allo sviluppo delle generazioni presenti e future». A questo proposito, occorre peraltro ricordare come la prima codificazione del principio dello sviluppo sostenibile già risaliva a qualche anno prima ed era contenuta nel documento pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED), dal titolo *Our Common Future*, noto anche come Rapporto Brundtland (dal nome della Presidente WCED) e secondo cui «lo sviluppo sostenibile è uno sviluppo che soddisfì i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri».

¹¹ Una prima enunciazione del principio in parola si ebbe con la Dichiarazione di Rio De Janeiro del 1992, dove, al sedicesimo principio, si legge «le autorità nazionali dovranno adoperarsi a promuovere l'internalizzazione dei costi per la tutela ambientale e l'uso di strumenti economici, considerando che è di principio l'inquinatore a dover sostenere il costo dell'inquinamento, tenendo nel debito conto l'interesse pubblico e senza distorcere il commercio internazionale e gli investimenti». Attualmente il predetto principio è enunciato anche nell'art. 191 del Trattato su funzionamento dell'Unione europea (e prima nell'art. 174 del TCE). In materia di gestione di rifiuti, l'art. 178 del D.Lgs. n. 152/2006 (Codice dell'Ambiente) dispone poi che «la gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai

AMBIENTEDIRITTO	

protezione pubblicistica dei valori ambientali una regola che, nella sua essenza, ha trovato origine e sviluppo a partire dalle tradizioni civilistiche liberali ottocentesche fino a trovare alloggio nelle codificazioni contemporanee che, nell'ambito dei rapporti *inter privatos*, disciplinano il risarcimento del danno ingiusto.

E' del tutto evidente come un siffatto principio, lungi dall'imporre un generalizzato divieto sganciato dalla misura del danno risarcibile, finisce per collocare la dimensione ambientale nel solo ambito di quei "beni della vita" la cui offesa richiede di essere rimediata alla condizione che, in concreto, si traduca in ingiusto pregiudizio in danno di interessi vantati da individui o collettività.

Addirittura, capovolgendo il discorso, il principio 'chi inquina paga' sembra arrivare al paradosso per cui la condotta impattante sul piano ambientale, anziché vietata in quanto tale, finirebbe per essere consentita alla condizione che il responsabile si faccia poi carico delle conseguenze, patrimonialmente oggettivate, della stessa. Detto in altri termini, il principio sembra conferire a chiunque il potere di "comprare il diritto di inquinare": ciò, appunto, al prezzo di soggiacere alle conseguenze patrimoniali derivanti dall'inquinamento prodotto¹².

Spostando altrove l'attenzione, ma sempre sul versante delle *policy* internazionali, una chiara venatura antropocentrica si coglie nell'orientamento dell'Organizzazione mondiale della sanità, secondo cui per ambiente dovrebbe intendersi «*all the physical, chemical, and biological factors external to a person, and all the related behaviors*»¹³.

In questo quadro sembrano poi collocarsi anche gli indirizzi originariamente formulati nel diritto dell'Unione europea.

Tra gli altri, esempio di quanto detto si coglie nei contenuti della direttiva 337/85, secondo cui, nel concetto di ambiente risiede «l'insieme degli elementi che, nella complessità delle loro relazioni costituiscono il quadro, l'habitat e le condizioni di vita dell'uomo»¹⁴.

Il profilo tendenzialmente antropocentrico dell'approccio comunitario all'ambiente sembra cogliersi anche nell'ambito delle fonti del diritto unionale originario. A questo proposito, merita di essere ricordato quanto disposto nell'art. 3 del Trattato sull'Unione europea dove è enunciato il principio secondo cui «l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente».

principi di precauzione, di prevenzione, di sostenibilità, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti, nonché del principio chi inquina paga». Peraltro, come condivisibilmente osservato da S. PINNA, La protezione dell'ambiente. Il contributo della filosofia, dell'economia e della geografia, Milano, 2007, p. 144, «si tratta di un principio economico, non etico, dato che le imprese, se le condizioni lo consentono, trasferiscono questi maggiori costi sui prezzi».

¹² L'effetto distorsivo che deriverebbe dalla constatazione secondo cui «*ho pagato, quindi inquino*» è posto in luce anche in A. CROSETTI-R. FERRARA-F. FRACCHIA-N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2002, p. 38. Esprime perplessità nel «*dare un prezzo all'ambiente*» ovvero di «*pagare per ottenere una licenza di inquinamento*» anche V. TEOTONICO, *Presupposti culturali e snodi politico-istituzionali per una tutela transnazionale dell'ambiente*, in F. GABRIELE-A.M. NICO (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, Bari, 2005, p. 262.

¹³World Health Organization, *Preventing disease through healthy environments*, Geneva, Switzerland, 2006.

¹⁴ La predetta nozione, peraltro, era già stata inaugurata nel I Programma d'Azione adottato dal Consiglio delle Comunità europee il 22 novembre 1973.

AMBIENTEDIRITTO	

La questione ambientale è affrontata anche dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: in particolare, a mente di quanto disposto dall'art. 11, «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

In entrambe le norme appare piuttosto chiara la collocazione della questione ambientale nell'ambito delle più ampie preoccupazioni che ruotano, in definitiva, intorno al benessere dell'uomo¹⁵.

3. Il concetto di ambiente nelle costituzioni nazionali.

La dialettica antropocentrismo-ecocentrismo si riverbera poi anche sul versante delle costituzioni nazionali. Emblematiche, in questo senso, sono le tendenze che si registrano nei vari testi costituzionali.

In alcuni casi, l'ambiente tende ad essere ricostruito come diritto della personalità: per lo più, secondo un modello orientato ad agganciarne la protezione nel vasto ambito del diritto alla salute.

In altri casi, invece, il valore ambientale tende a rifluire all'interno della logica delle responsabilità poste in capo all'ordinamento generale sfuggendo, con ciò, ad una classificazione che lo veda confinato tra i soli ranghi delle posizioni giuridiche soggettive.

Assai orientata, secondo le linee teoriche che caratterizzano la prima ipotesi concettuale, è ad esempio il principio enunciato nella Costituzione spagnola, secondo cui «tutti hanno il diritto di godere di un ambiente adeguato per lo sviluppo della persona, così come il dovere di conservarlo»¹⁶.

¹⁵ Occorre tuttavia ricordare come, pur nell'ambito della predetta inclinazione antropocentrica, il TFUE - dedicando l'intero Titolo XX alla tutela ambientale - abbia canonizzato un disteso corpo di regole e principi la cui enunciazione, in quella sede, tende a supplire le carenze che talora si riscontrano nelle carte costituzionali degli Stati membri. In particolare, nel secondo comma dell'art. 191 si legge che «la politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è 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».

¹⁶ Così dispone l'art. 45, primo comma, della Costituzione spagnola. La norma prosegue, al secondo comma, aggiungendo che «i poteri pubblici veglieranno sulla utilizzazione razionale di tutte le risorse naturali al fine di proteggere e migliorare la qualità della vita, difendere e ripristinare l'ambiente, appoggiandosi alla indispensabile solidarietà collettiva». E poi ancora, al terzo comma, disponendo che «per coloro che violino quanto disposto nel comma precedente, nei termini fissati dalla legge si stabiliranno sanzioni penali o, se del caso, amministrative così come l'obbligo di riparare il danno causato». Il referente antropico appare molto nitido anche in un'ulteriore ampia serie di disposizioni adottate in altre Costituzioni. Su questa scia sembra potersi collocare il contenuto dell'art. 23 della Costituzione del Belgio, secondo cui «tutti hanno diritto di condurre una vita conforme alla dignità umana. A tal fine la legge, il decreto o l'atto normativo di cui all'art. 134 garantiscono, tenendo conto delle corrispondenti obbligazioni, i diritti economici, sociali e culturali e determinano le condizioni del loro esercizio. Questi diritti comprendono in particolare: [...] 4) il diritto alla protezione di un ambiente sano». Ancora, nell'art. 9 della Costituzione maltese si legge che «lo Stato protegge e conserva l'ambiente e le sue risorse a beneficio delle generazioni presenti e future». In Romania, l'art. 35 della Costituzione dispone che «lo Stato riconosce il diritto di ogni persona ad un ambiente sano ed ecologicamente equilibrato». Dello stesso tenore, poi, l'art. 72 della Costituzione slovena, secondo cui «tutti hanno diritto, in conformità della legge, di vivere in un sano ambiente naturale». In Svezia, l'art. 2 della legge sulla forma di Governo dispone che «il benessere personale, economico e culturale della persona è finalità fondamentale dell'attività pubblica. In particolare, le istituzioni pubbliche

A	MBIENTEDIRITTO

Di tutt'altra impronta è invece l'orientamento costituzionalizzato in Grecia, dove «la protezione dell'ambiente culturale e naturale costituisce uno dei compiti dello Stato. Lo Stato è tenuto ad adottare misure speciali preventive o repressive al fine di preservare l'ambiente»¹⁷.

In questo caso la disposizione, muovendo nell'ambito della logica delle responsabilità generali poste in capo all'ordinamento, tende a sganciare il valore ambientale dalla dimensione di quei diritti e rapporti intersoggettivi che si esauriscono nel solo ambito della sfera giuridica dell'uomo. Estremamente sofisticato - ed aperto a soluzioni interpretative capaci di assecondare un più vasto perimetro di ipotesi concettuali – è poi l'approccio sposato dalla *Grundgesetz*.

Il principio enunciato dall'art. 20a della Costituzione tedesca, dove si legge che «lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i

garantiscono il diritto al lavoro, all'alloggio e all'istruzione e promuovono l'assistenza e la sicurezza sociale, nonché condizioni favorevoli alla salute. Le istituzioni pubbliche promuovono uno sviluppo sostenibile che porti ad un buon ambiente per le generazioni presenti e future». Nella Costituzione ungherese, l'ambiente è invece menzionato all'art. 21, dove si legge che «l'Ungheria riconosce il diritto di tutti a un ambiente sano. Chiunque provochi un danno all'ambiente è tenuto a ripristinarlo o a sostenere i costi di ripristino, come previsto da una legge». Tra le Costituzioni del recente passato è emblematica di una concezione di impronta chiaramente antropocentrica la disposizione che era contenuta nell'art. 18 della Costituzione sovietica del 1977, dove si leggeva che «nell'interesse delle generazioni presenti e future, nell'URSS vengono adottati i provvedimenti necessari per la tutela e l'uso razionale e scientificamente fondato della terra, del sottosuolo, delle risorse idriche, della flora e della fauna, per la conservazione della purezza dell'atmosfera e delle acque, per la garanzia della riproduzione delle ricchezze naturali e per il miglioramento dell'ambiente che circonda l'uomo». Sebbene collocata nell'ambito della meno appagante ricostruzione antropocentrica dell'ambiente, la Costituzione sovietica del '77 si mostrava tuttavia piuttosto avanzata rispetto a numerose altre Carte costituzionali che, all'epoca, nemmeno arrivavano a menzionare il concetto. Inoltre, preme sottolineare come, già all'epoca, la Carta sovietica fosse già pervenuta ad introdurre nel lessico costituzionale un concetto, quello delle generazioni future e dei correlati interessi che, tutt'ora, sembra essere affrontato con eccessi di cautela dalla letteratura giuspubblicistica.

¹⁷ Così dispone l'art. 45 della Costituzione della Grecia. L'ordine dei rapporti tra ambiente e diritti dei singoli e delle collettività sembra privilegiare la posizione del primo anche nell'art. 45 della Costituzione della Repubblica di Croazia, dove si legge che «il mare, la spiaggia, le isole, le acque, lo spazio aereo, le risorse minerarie e altri beni naturali, nonché terra, foreste, flora e fauna, altri componenti dell'ambiente naturale, beni immobili e oggetti di particolare significato culturale, storico, economico o ecologico che sono stabiliti dalla legge come rilevanti per la Repubblica di Croazia, godono della sua speciale protezione. Il modo in cui i beni di interesse per la Repubblica di Croazia possono essere utilizzati e sfruttati dai titolari dei diritti e dai loro proprietari, nonché il risarcimento per eventuali restrizioni che possono essere imposte su di essi, sono regolati dalla legge». Privilegia una prospettiva deontica anche l'art. 53 della Costituzione estone, laddove è enunciato il principio secondo cui «ognuno ha il dovere di preservare l'ambiente umano e naturale e di compensare i danni causati all'ambiente da lui o lei. La procedura per la misura riparatrice è prevista dalla legge». Improntato alla logica dei doveri posti in capo allo Stato sono anche gli art. 53 e 54 della Costituzione della Lituania nei quali, rispettivamente, si legge che «lo Stato ed ogni persona devono proteggere l'ambiente da effetti nocivi» e che «lo Stato ha cura della protezione dell'ambiente naturale, della fauna selvatica e delle piante, dei singoli elementi della natura e delle aree di particolare valore e vigila su un uso sostenibile delle risorse naturali, il loro ripristino ed incremento. La distruzione della terra e del sottosuolo, l'inquinamento dell'acqua e dell'aria, l'impatto radioattivo sull'ambiente e l'esaurimento della fauna selvatica e delle piante sono vietati dalla legge». Nella Costituzione Slovacca, l'ambiente – anziché come diritto riconosciuto, nelle varie forme note in altri contesti costituzionali, ai singoli e alle collettività – costituisce all'opposto un limite all'espansione dei predetti diritti: si legge infatti, nell'art. 20, che «l'esercizio del diritto di proprietà non deve nuocere alla salute di altre persone, della natura, dei siti culturali o dell'ambiente oltre il margine stabilito dalla legge» e, nell'art. 23, che le libertà di movimento e di residenza «possono essere limitate da una legge se è necessario per la sicurezza nazionale, il mantenimento dell'ordine pubblico, la protezione della salute o la protezione dei diritti e delle libertà altrui e nell'interesse della protezione dell'ambiente in territori specifici». La stessa richiamata Costituzione, non rinuncia, di seguito a definire l'ordine dei rapporti tra individui, collettività e ambiente secondo le canoniche categorie dei diritti e dei doveri: ciò, tuttavia, avviene mediante la configurazione di una

A	MBIENTEDIRITTO

fondamenti naturali della vita e gli animali (...)», accarezza solo moderatamente le corde delle filosofie antropocentriche prospettando un'apertura anche in favore delle ragioni abbracciate dalle correnti accomunate sotto la definizione di 'biocentrismo'.

Caduto ogni riferimento all'ambiente quale oggetto di diritti soggettivi, permane – secondo una corretta prospettazione deontica – il riferimento alle future generazioni e la finalità statuale finisce per essere radicata nel più ampio ambito di una responsabilità di protezione delle condizioni naturali della vita (*naturliche Lebensgrundlagen*). Sicché, non sembra estranea alle possibilità interpretative della norma anche una lettura tesa ad includere, tra i doveri dello Stato, quello di preservare le basi naturali sia della vita umana che, in generale, animale come anche vegetale¹⁸.

La complessa descrizione fornita dalla *Charte de l'environnement* francese sembra invece far ritorno a una dimensione più disciplinatamente antropocentrica. Sebbene la *Charte* non autorizzi rappresentazioni unitarie del valore ambientale, il referente umano appare, a più riprese, conservare sempre con saldezza la sua centralità. In un'articolata suddivisione tra 'diritti' e 'doveri', la *Charte* qualifica il contesto naturale come condizione di vita dell'uomo, descrive l'ambiente come "patrimonio comune degli esseri umani" e, soprattutto, con l'enunciazione contenuta nel suo primo articolo - secondo cui "ogni individuo ha diritto di vivere in un ambiente equilibrato e favorevole alla sua salute" -, riconduce la dimensione ambientale al paradigma del diritto soggettivo 19.

posizione giuridica complessa nella quale rifluisce, appunto, sia la dimensione del diritto sia quella del dovere: e infatti, si legge nell'art. 44, che «ognuno ha il diritto a un ambiente favorevole» ma poi subito, di seguito, che «ognuno ha il dovere di proteggere e migliorare l'ambiente e di promuovere il patrimonio culturale».

¹⁸ In proposito, in dottrina è stato assai condivisibilmente osservato che nel testo dell'art. 20a è reperibile «una chiara impostazione della tutela dell'ambiente come valore oggettivo dell'ordinamento (...). Si tratta di una impostazione che segna il passaggio da una tutela dell'ambiente nelle forme del diritto soggettivo, difficile da realizzare, ad una concezione prevalente dell'ambiente come principio fondamentale di diritto oggettivo, che deve informare tutta l'attività dello Stato e dei pubblici poteri (...). L'assenza di ogni riferimento all'ambiente come diritto soggettivo, nonché l'indicazione di una necessaria intermediazione legislativa, indicano chiaramente la natura compromissoria del testo finale della revisione del '94, che cercava di risolvere l'accesso ed ideologicamente polarizzato dibattito fra concezioni radicali ed ecocentriche e concezioni antropocentriche dell'ambiente. In particolare, l'indeterminatezza dell'espressione "basi naturali di vita" lascia impregiudicata la questione, così come impostata dal dibattito tedesco, se la tutela debba ricomprendere l natura in sé, oppure le basi naturali debbano riferirsi esclusivamente alla vita umana. Tale impostazione presuppone però una netta separazione tra uomo e natura, atteggiamento che sembra ormai da superarsi in una visione più matura del diritto ambientale, per cui il riferimento "secco" alle basi di vita si rivela particolarmente utile in vista di una interpretazione evolutiva dello status costituzionale dell'ambiente», così D. AMIRANTE, Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato, in D. AMIRANTE (a cura di), Diritto ambientale e Costituzione, Esperienze europee, Milano, 2014, p. 31-32. Sull'ampio dibattito che ha preceduto la stesura dell'art. 20a della Costituzione tedesca, si veda J. LUTHER, Antropocentrismo e biocentrismo nel diritto dell'ambiente in Italia e in Germania, in Politica del diritto, 1989, pp. 673 e ss. In precedenza, l'esperienza costituzionale tedesca nella materia ambientale assumeva tutt'altra inclinazione: nell'art. 15 II della Costituzione della Repubblica federale tedesca si leggeva, infatti, che «nell'interesse del benessere dei cittadini, lo Stato e la società provvedono alla protezione della natura».

¹⁹ Invero, la vocazione antropocentrica della *Charte* sembra emergere in termini assai nitidi, più che nei principi articolati nelle dieci enunciazioni che la compongono, nei 'considerato' che li precedono. In quello che rappresenta una sorta di "apparato motivazionale" della *Charte* si legge infatti che «*le risorse e gli equilibri naturali hanno determinato l'apparizione dell'umanità*»; che «*il futuro e l'esistenza stessa dell'umanità sono indissociabili dal suo ambiente naturale*»; che «*l'ambiente è patrimonio comune degli esseri umani*»; che «*l'uomo esercita una influenza crescente sulle condizioni della vita e sulla sua stessa evoluzione*»; che «*la diversità biologica, la realizzazione della persona e il progresso delle società umane risultano alterati da certi modi di consumo o di sfruttamento delle risorse naturali*»; che «*la tutela dell'ambiente deve essere perseguita di pari passo con gli altri interessi fondamentali della Nazione*»; che «*al fine di perseguire uno sviluppo sostenibile, le scelte compiute per rispondere*

AMBIENTEDIRITTO

Altra Costituzione "verde", ma nella quale sembra prevalere il referente antropico, è poi la Costituzione brasiliana. «Tutti hanno diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato, in quanto bene di uso comune del popolo, indispensabile per una sana qualità di vita; si impone all'autorità pubblica ed alla collettività il dovere di difenderlo e preservarlo per le generazioni presenti e future»: così recita l'art. 225 con il quale si apre il Capitolo VI del Titolo VIII, interamente dedicato alla protezione ambientale.

Anche in questo caso, appare evidente la funzionalizzazione del concetto di ambiente ai bisogni umani e la caratterizzazione in senso "patrimonialista" dello stesso²⁰. Di ciò, ulteriore traccia emerge anche nella successiva disposizione, secondo cui «la Foresta Amazzonica brasiliana, la Foresta Atlantica, la Serra del Mar, il Pantanal Mato-Grossense e la Zona Costiera sono patrimonio nazionale, ed il loro utilizzo avverrà, secondo quanto stabilito dalla legge, nell'ambito di condizioni che garantiscano la preservazione dell'ambiente, soprattutto per quello che riguarda l'uso delle risorse naturali». L'orientamento assunto dalla Costituzione brasiliana trova spiegazione, tra l'altro, nella tendenza di molti Stati economicamente meno progrediti a reclamare più ampie condizioni di sfruttamento delle risorse naturali al fine di sostenere il pieno sviluppo delle rispettive economie. A questo proposito, non sono mancate, addirittura, severe contrapposizioni che hanno visto le realtà meno avanzate sul piano economico dolersi di asserite forme di "ecoimperialismo verde" di cui - anche al fine di conservare una posizione dominante nel complessivo scenario geopolitico globale - si renderebbero responsabili i Paesi più progrediti ²¹.

Nel mondo anglosassone tende invece a dominare il meccanismo di tutela affidato alle *public agencies*²². A fianco alle prerogative pubblicistiche attribuite ai vari organismi,

ai bisogni del presente non devono compromettere la capacità delle generazioni future e degli altri popoli di dare risposta ai loro specifici bisogni».

²⁰ In relazione all'impronta che emergerebbe dall'approccio costituzionale brasiliano all'ambiente non mancano, invero, letture più articolate. In particolare, M. CARDUCCI, Nomos, Ethnos e Kthonos nel processo: verso il tramonto del bilanciamento? Spunti dal dibattito latinoamericano, in Federalismi.it, n.1/2014, pp. 15-16, evidenzia come dall'art. 225 della Costituzione brasiliana ben possano emergere tre diverse tendenze. La prima, orientata verso una forma di antropocentrismo "forte" si fonderebbe nella lettura dell'art. 225 «in combinato disposto con gli artt. 1 e 6 della Costituzione, in quanto espressione della dimensione plurima della dignità umana, sicché la tutela dell'"equilibrio ecologico" passerebbe attraverso la dimostrazione della lesione di specifici diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti come espressione di tale dignità». Altra tendenza, ispirata ad una forma di antropocentrismo "mitigato", «rinviene, invece, nella formula dell'"equilibrio ecologico" il conferimento all'ambiente della qualità giuridica di "bene morale", nella modalità del diritto a una vita salubre e intertemporalmente sostenibile attraverso un contesto antropomorfico appunto "ecologicamente equilibrato". L'effetto pratico di tale impostazione consisterebbe nel poter limitare la disponibilità di determinati beni ambientali attraverso strumenti di regolazione pubblicistica». In ultimo, un'ulteriore tendenza interpretativa finirebbe per privilegiare la prospettiva biocentrica: in particolare, «il richiamo costituzionale all' "equilibrio ecologico" costituirebbe una sorta di rinvio fisso ad una visione olistica dell'ordinamento giuridico, in quanto quell'art. 225 comprenderebbe al suo interno le "tre ecologie" della soggettività umana, dell'ambiente e delle relazioni sociali, in una concretizzazione dei principi costituzionali di solidarietà e corresponsabilità intergenerazionale, codificati dall'art. 3».

²¹ Sulla tensione conflittuale che, tra Paesi più progrediti e Paesi in via di sviluppo, si è spesso consumata nella descrizione di *policy* globali per la protezione ambientale, cfr. J. H. JACKSON, *World Trade Rules and Environment Policies: Congruence or Conflicts?*, in *Washington and Lee Law Review*, 1993, p. 1243; V. SHIVA, *Ritorno alla terra. La fine dell'ecoimperialismo*, Roma, 2009; P. DRIESSEN, *Eco-imperialismo. Potere verde morte nera*, Macerata, 2006. In generale, sui temi del diritto ambientale in America latina, cfr. G. AMPARO RODRIGUEZ – I. A. PAEZ PAEZ, *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Bogotà, 2012.

²² E' il caso, ad esempio, degli Stati Uniti, dove i compiti di protezioni ambientale sono affidati alla *Environmental Protection Agency* (EPA) cui, a partire dalla sua creazione nel 1970, sono state affidate varie attribuzioni,

AMBIENTEDIRITTO	

enti ed agenzie titolari di poteri di normazione ed intervento nella materia della protezione ambientale, si assiste peraltro alla progressiva affermazione di strumenti di *private enforcement*: al pari di quanto avviene per beni immateriali e diffusi, quali ad esempio la concorrenza, l'orientamento sempre più consolidato è quello di affidare anche al privato cittadino strumenti di tutela e di reazione rispetto alle condotte che altri pongano in essere in danno sia del valore ambientale sia degli interessi privati ad esso correlati²³.

La prospettiva da ultimo richiamata giunge senz'altro a rafforzare ed allargare il complessivo arsenale giuridico degli strumenti di reazione al danno ambientale ma, specularmente, finisce per concettualizzare i valori ambientali nell'ambito di una descrizione saldamente ancorata agli interessi degli individui e delle collettività.

4. Il concetto di ambiente nella Costituzione italiana.

Le complessità che investono, anche sul piano costituzionale, i diversificati approcci al concetto di ambiente sembrano, in altri casi, pilatescamente risolte per l'assenza di espressi riferimenti costituzionali al tema dell'ambiente e della sua protezione.

Per certi aspetti, sembra poter essere collocata lungo questa tendenza anche la Costituzione italiana dove la stessa parola 'ambiente' è comparsa solo nel 2001: in particolare, ad esito della riforma del Titolo V dedicata (tra l'altro) alla ripartizione della potestà legislativa tra Stato e Regioni.

Attualmente, l'unico riferimento all'ambiente testualmente reperibile nella Carta è dunque quello operato al secondo comma dell'art. 117 dove si affida alla competenza esclusiva dello Stato la legislazione in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema²⁴.

prevalentemente di regolamentazione, controllo ed amministrazione, in precedenza distribuite tra diversi Dipartimenti federali. Sul piano costituzionale, la questione ambientale sembra invece essere essenzialmente estranea rispetto alle linee di sviluppo ed agli orizzonti della politica costituzionale settecentesca nel contesto delle quali ha trovato gemmazione la Costituzione del 1787.

²³ Ad esempio, come ricorda A. R. DI LANDRO, La responsabilità per l'attività autorizzata nei settori dell'ambiente e del territorio. Strumenti penali ed extrapenali di tutela, Torino, 2018, pp. 318 e ss., nel sistema inglese, «i principali attori che, oltre all'Agenzia per l'Ambiente, svolgono funzioni di enforcement, anche tramite proposizione di accuse penali, sono le autorità locali da un lato, ed i privati (in forma individuale o collettiva) dall'altro lato, essendo ammessa nel diritto inglese l'accusa c.d. privata (private prosecution)». Ancora, ricorda l'Autore, «la dottrina inglese assegna a tale forma di enforcement del diritto ambientale un ruolo importante, sia alla luce di alcuni casi, di notevole impatto, recentemente conclusisi in favore dei privati, con condanne di elevata entità, sia alla luce della pressione che i privati stessi, soprattutto laddove organizzati in associazioni, riescono ad esercitare in via stragiudiziale, anche sugli enti pubblici di regolazione: i privati possono infatti sopperire all'inerzia delle autorità di controllo proprio in virtù del potere di iniziativa penale direttamente riconosciuto ai privati stessi».

²⁴ Il ché, peraltro, rappresenterebbe circostanza comunque tutt'altro che priva di pregio: ciò, se non altro, per la riconduzione della nozione di ambiente ad una dimensione unitaria e non più parcellizzata lungo le diverse prospettive a partire dalle quali è possibile farne osservazione. Cfr., sul punto, F. FRACCHIA, Governo del territorio e ambiente, in L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione, Milano, 2004, p. 64 ss, dove l'autore osserva come «la tesi che nega la configurabilità di una concezione unitaria dell'ambiente richiede di essere oggi verificata alla luce della novellata norma costituzionale che espressamente fa riferimento alla tutela dell'ambiente, attribuendole autonomia e alterità rispetto ad altre nozioni (non solo al governo del territorio, ma anche alla "tutela della salute" e alla "«valorizzazione dei beni culturali e ambientali")».

AMBIENTEDIRITTO	

Invero, la circostanza rappresentata – ed il macroscopico "vuoto costituzionale" lasciato aperto dal Costituente – è prevalentemente addebitabile all'assenza, all'epoca dell'Assemblea Costituente, di una chiara percezione delle emergenze che, di lì a poco, si sarebbero largamente manifestate circa il progressivo e grave deterioramento dell'ambiente naturale²⁵.

All'epoca, sembrava dominare – piuttosto – la preoccupazione rivolta ai valori espressi dalla diversa nozione di 'paesaggio': ciò, verosimilmente, anche a causa delle gravi condizioni in cui lo stesso versava all'indomani del secondo conflitto bellico. Cionondimeno, la scelta operata dal Costituente - volta ad enunciare nell'art. 9 Cost. i soli doveri di tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione - appare assai debolmente inclusiva anche della generalità dei valori naturalistici.

Malgrado la letteratura scientifica e la stessa Corte costituzionale abbiano lungamente lavorato nella direzione di reperire nell'art. 9 Cost. il punto di aggancio per la tutela costituzionale dell'ambiente, il dettato letterale dello stesso solo assai faticosamente può dirsi idoneo ad autorizzare operazioni interpretative capaci di comprendere, nella sua pienezza, il valore ambientale.

La nozione di paesaggio, infatti, tende ad includere solo quegli ambiti nei quali la confluenza di elementi antropici e naturalistici concorre a descrivere un contesto che, nel comune apprezzamento, risulta meritevole di tutela per sue particolari peculiarità²⁶. In altri termini, la nozione sembra aver solo poco a che fare con quel concetto di *biosfera, dei singoli elementi che la compongono e delle interrelazioni reciproche tra questi* che, secondo le Dichiarazione di Stoccolma del 1979, caratterizzerebbe la nozione di ambiente.

Rimane poi il fatto che la nozione di paesaggio è concettualmente dipendente dall'interpretazione che, dello stesso, viene data dall'uomo: il paesaggio, in altre parole, altro non sarebbe che quella parte di ambiente meritevole di particolare apprezzamento secondo l'interpretazione che ne viene data dalle collettività. Invero, la scarsa preoccupazione mostrata dalla Costituzione italiana nei riguardi di una dimensione ambientale propriamente detta è circostanza tutt'altro che isolata.

²⁵ Di questo avviso anche G. GRASSO, Appunti per l'Audizione informale resa il 4 febbraio 2020, presso la 1 a Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica sul disegno di legge costituzionale n. 83 e connessi (tutela costituzionale dell'ambiente), reperibile in www.senato.it, il quale osserva come l'ambiente rappresenti «un concetto la cui importanza, quando la Costituzione fu scritta, sfuggì ai nostri Padri costituenti, senza che ciò possa rappresentare, ai nostri occhi, un motivo di rimprovero, visto che essi non potevano certamente prevedere tutti i cambiamenti, le trasformazioni e gli sviluppi che hanno toccato il nostro Pianeta e che hanno fatto dell'ambiente (e della sua tutela) un problema assolutamente cruciale».

²⁶ Sebbene secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale la tutela del paesaggio vada «intesa nel senso lato della tutela ecologica» (Corte cost., 3 ottobre 1990, n. 430) e della «conservazione dell'ambiente» (Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391) e, ancora, abbia «una strettissima contiguità con la protezione della natura, in quanto contrassegnata da interessi estetico-culturali » ed sia «basata primariamente sugli interessi ecologici e quindi sulla difesa dell'ambiente come bene unitario, pur se composto da molteplici aspetti rilevanti per la vita naturale e umana» (Corte cost., 15 novembre 1988, n. 1029) e per la salute (Corte cost., 3 giugno 1989, n. 391), appaiono assai condivisibili i rilievi che autorevole letteratura giuridica ha mosso nell'evidenziare che «la nozione di paesaggio non si identifica con quella di ambiente ma semmai si collega a questa come parte del tutto», così B. CARAVITA, Diritto dell'ambiente, Bologna, 2005, p. 40 e, ancora, che «il paesaggio dunque sta a cavallo tra ambiente e beni culturali o meglio va ricondotto all'una o all'altra materia a seconda delle finalità a cui è orientata la disciplina di cui forma oggetto», così L. CARBONE, Ambiente, paesaggio e beni culturali e ambientali, in www.federalismi.it, n. 19, 2004, p. 52.

AMBIENTEDIRITTO

Malgrado, infatti, nella gran parte delle costituzioni nazionali siano reperibili più o meno ampi riferimenti alla protezione ambientale, in un'ampia pluralità di casi si tratta di innovazioni costituzionali apportate solo in periodi relativamente recenti²⁷.

Nel nostro caso, sebbene non siano mancati reiterati tentativi volti ad innovare il testo costituzionale per adeguarlo alle più mature consapevolezze raggiunte dalla scienza e dall'opinione pubblica mondiale, la protezione costituzionale dell'ambiente rimane invece affidata ai punti di approdo raggiunti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale nell'opera meritoria compiuta nel corso degli ultimi decenni.

In particolare, i primi traguardi raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale sono riconducibili ad una serie di sentenze pronunciate a partire dalla seconda metà degli anni '80: tra queste, la sent. n. 167/1987 con cui la Consulta affermò il principio secondo cui «il patrimonio paesaggistico e ambientale costituisce eminente valore cui la Costituzione ha conferito spiccato rilievo (art. 9, comma 2), imponendo alla Repubblica – a livello di tutti i soggetti che vi operano e nell'ambito delle rispettive competenze istituzionali – di perseguirne il fine precipuo di tutela». Di poco successiva, fu poi la sent. n. 641/1987, con la quale la Corte giunse ad affermare che la protezione ambientale è «imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto» e, ancora, che «l'ambiente è stato considerato un bene immateriale unitario sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità»²⁸. La soluzione intrapresa dal Giudice delle leggi appare, sotto certa prospettiva, proclive a radicare il concetto di ambiente nel quadro di una logica giuridica che, per quanto "rarefatta", si pone nell'ambito di un approccio di tipo antropocentrico.

L'ambiente non è infatti concettualizzato come entità oggettiva meritevole di protezione costituzionale ma, in effetti, come *valore* costituzionale: si radica, dunque, all'interno di una categoria, quella valoriale, riconducibile al concetto delle essenze

²⁷ Come evidenziato, tra gli esempi fatti, in Francia la *Charte de l'Environnement* è stata costituzionalizzata con la legge costituzionale n. 205 del 1° marzo 2005. In Germania, l'approvazione dell'art. 20a della *Grundgesetz* si deve alla legge di modifica del 27 ottobre 1994, I 3146 e, inoltre, è stato successivamente novellato con legge del 26 luglio 2002, I 2862. E' poi del 1988 la Costituzione brasiliana divenuta «eminentemente ambientalista» (così J.A. DA SILVA, *Direito ambiental costitucional*, Sao Paulo, 2003, p. 46) al punto da alimentare lo sviluppo, come area dotata di autonomia scientifica, di un 'diritto costituzionale ambientale' (così J.J.G. CANOTILHO-J.R.M. LEITE (a cura di), *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*, San Paolo, 2007, p. 57 ss.). Negli Stati dell'Europa orientale le norme alle quali si è fatto riferimento sono state incluse nelle Costituzioni post-comuniste della fine del secolo scorso e, dunque, nel 1989 in Ungheria, nel 1991 in Romania e Slovenia, nel 1992 in Slovacchia e in Estonia. La tutela costituzionale dell'ambiente in Svezia risale alla legge sulla forma di Governo del 1974, in Grecia alla Costituzione del 1975, mentre in Spagna alla Costituzione del 1978. L'art. 23 della Costituzione del Belgio, nella sua attuale stesura poc'anzi richiamata, è frutto di una revisione intervenuta nel 1993. In generale, la tendenza alla costituzionalizzazione dell'ambiente risulta, dunque, piuttosto recente: altro caso, al di fuori degli esempi fatti, è poi quello svizzero. Nella Costituzione elvetica risale al 2000 la revisione con la quale è stata introdotta una Sezione, formata da otto articoli, dedicata alla protezione dell'ambiente e del territorio.

²⁸ Il fondamento costituzionale del valore ambientale è stato, peraltro, riconosciuto lungo una serie di approdi raggiunti dalla Corte di Cassazione. Tra questi, si ricordi quanto affermato in Corte Cass. Sez. III Civ. 19 giugno 1996, sent. n. 5650, in Riv. giur. amb., 1997, p. 679, secondo cui «la tutela dell'ambiente come bene giuridico non trova la sua fonte genetica nell'art. 18 della legge 349/1986, ma direttamente nella Costituzione, attraverso il combinato disposto degli artt. 2, 3, 9, 41 e 42, e tramite il collegamento all'art. 2043 c.c. L'ambiente, inteso in senso unitario, assurge a bene pubblico immateriale, ma tale natura non preclude la doppia tutela, patrimoniale e non, che è relativa alla lesione di quel complesso di beni materiale ed immateriali in cui esso si sostanzia e delimita territorialmente».

AMBIENTEDIRITTO	

ideali variamente oggettivate nella coscienza collettiva²⁹. Come dire che l'ambiente non è un'entità oggettiva a sé stante quanto piuttosto, nella prospettiva costituzionale, un'*idea*. Il ché, sul piano ontologico, finisce per radicarne il contenuto unicamente all'interno del referente umano³⁰.

Invero, se il concetto di valore identifica il modo di «porsi del soggetto nel mondo, ossia di quel complesso di sentimenti, impulsi e rappresentazioni attraverso cui il soggetto reagisce al fatto della sua esistenza»³¹, l'ambiente naturale dovrebbe piuttosto rappresentare un quid pluris: più che un valore, dovrebbe piuttosto essere inteso come quel tutto entro cui muovono anche le astrazioni e le proiezioni ideali di quella sua componente rappresentata dalle collettività di individui.

La rapida rassegna fin qui illustrata circa le soluzioni costituzionali intraprese nella difficile concettualizzazione giuridica della categoria ambientale mostra come gli ordinamenti riescano a discostarsi da approcci eminentemente antropocentrici solo assai raramente e al prezzo di complesse ricostruzioni teoriche non sempre appaganti sul piano delle ricadute concrete³². Sotto questo aspetto, più avvedute si mostrano quelle ricostruzioni costituzionali che, a partire dalla constatazione oggettiva dell'entità ambientale, sono orientate alla canonizzazione di un dovere di protezione generalizzato, posto in capo all'intero ordinamento giuridico, alle collettività ed ai singoli individui.

Rispetto alla prefigurazione di un ambiente inteso come 'bene', come oggetto di una prerogativa patrimoniale fatta di diritti collettivi e soggettivi, la logica deontica dei

²⁹ In tema, si consentito un richiamo alla ricostruzione operata in D. PORENA, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale,* in *Federalismi.it* del 4/2/2009, pp. 1-35.

³⁰ E, peraltro, i valori «molteplici e caduchi, sempre modificabili e violabili, sono connotati altresì da radicale politeismo; benché oggettivi, in quanto essenze ideali sostenute da una ragione assiologica ed emozionale socialmente condivisa e come tali pur sempre reali ed orientati alla realtà, essi restano – in un tempo di diffuso e persistente soggettivismo etico – essenzialmente storici e relativi, vivono e sono dati e come tali apprezzabili pur sempre all'interno di una coscienza valutante che li coglie e li traduce nelle contingenti e variabili temporalità della vita», così V. SCALISI, Fonti, teoria, metodo: alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità, Milano, 2012, p. 76. Sul piano dell'interpretazione costituzionale non si trascuri, ancora, come la concettuologia dei valori, ove enunciati al di fuori di ulteriori coordinate capaci di "solidificare" l'idea in una sostanza, si prestino a operazioni ermeneutiche tutt'altro che univoche. A questo proposito, sempre efficace è l'ammonimento di L. PALADIN, Le fonti del diritto italiano, Bologna, 1996, p. 144, allorché osservava che «le varie metafisiche dei valori costituzionali consentono, infatti, argomentazioni e decisioni atte a condurre da qualsiasi parte, senza che la giurisprudenza costituzionale si più controllabile nei suoi ragionamenti» e, ancora, che «impostazioni siffatte hanno spesso il torto di presupporre una sorta di diritto costituzionale libero, plasmato ad arbitrio dagli interpreti in genere e dalla Corte costituzionale in particolar modo». Sul punto, cfr. anche E. FORSTHOFF, Stato di diritto in trasformazione, Stuttgart, 1964, trad. it. di L. Riegert e C. Amirante, Milano, 1973, p. 224 «(...) il metodo scientifico spirituale, cioè della gerarchia dei valori, rende insicuro il diritto costituzionale, dissolvendo la legge costituzionale nella casistica».

³¹ Così E. OPOCHER, «Valore» (voce), in Enc. dir., vol. XLVI, Milano, 1993, p. 119.

³² D'altronde, come evidenziato da A. MICHELOT, Le droit fait ses gammes dans la protection de la nature, in Réserves di biosphère. Notes techniques, n. 3, 2008, p. 41, «le droit est élaboré par les sociétés humaines. Il régit les relations entre les hommes et n'est pas destiné à préserver les équilibres naturels». Cfr. anche V. TEOTONICO, Presupposti culturali e snodi politico-istituzionali per una tutela transnazionale dell'ambiente, in F. GABRIELE-A.M. NICO (a cura di), La tutela multilivello dell'ambiente, Bari, 2005, p. 248, il quale si sofferma sulla dimensione «ineluttabilmente antropocentrica (e non ecocentrica) del diritto, che – come ogni altra scienza sociale – occupandosi dell'uomo, non può che considerare l'ambiente con prevalente, se non esclusivo, riferimento all'uomo stesso, alle sue necessità e alle sue aspettative».

AMBIENTEDIRITTO	

doveri e delle responsabilità consente invece di collocare l'individuo e le collettività nell'ambito della dimensione di tipo relazionale che lega l'uomo all'ambiente come la pars al tutto.

Sul piano strettamente giuridico si tratta di operazione complessa ma senz'altro praticabile³³: sul piano culturale, tuttavia, sembra che i passi ancora da compiere si mostrino tutt'altro che lievi.

Di fondo, permangono dunque diffuse incertezze rispetto alla concettualizzazione giuridica dell'ambiente. Pur accomunati dall'adesione ad un valore – quello ambientale – ritenuto per lo più comune, nel momento in cui si richieda di scendere lungo una descrizione analitica del predetto valore si schiudono infatti ambiti di interpretazione quanto mai variegati.

Interpretazioni, peraltro, difficilmente sindacabili sul piano del loro intrinseco fondamento: quantomai arbitraria sarebbe infatti l'operazione di riconoscere un diverso fondamento di *validità al valore* a seconda che lo stesso sia inteso come *vita* (secondo la proposta biocentrica), come *risorsa* (in accordo con le tesi antropocentriche) o, ancora, come quel *tutto* di cui l'uomo rappresenta una sola parte (come vorrebbero le filosofie ecocentriche).

5. Ipotesi di costituzionalizzazione dell'ambiente in Italia.

In Italia, nel corso degli ultimi anni, il dibattito pubblico e quello parlamentare sono stati sovente interessati da ipotesi di revisione costituzionale tese a "cristallizzare", nel testo della Carta³⁴, quel principio fondamentale il cui riconoscimento si deve ancora,

è quello «della scelta fra una concezione naturo-centrica e una antropocentrica uno dei nodi di fondo del dibattito ecologista: e forse il contrasto è in qualche modo irrisolvibile, se non sulla base di una opzione di principio». Lo stesso Autore (Id., Diritto dell'ambiente, Bologna, 2005, p. 24) torna ancora sul tema osservando che «pur ritenendo che il valore ambientale è comunque subordinato alla centralità della persona umana (...) una logica di tipo antropocentrico appare, se non insufficiente, quanto meno parziale e comunque insoddisfacente nel medio-lungo periodo per affrontare i problemi dell'ambiente». Secondo M. D'AMICO, Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica Audizione sui Disegni di legge costituzionale nn. 83 e connessi (14 novembre 2019), in Osservatorio Costituzionale, n. 6/2019, p. 94, va osservata «con favore una riforma costituzionale che si proponga di abbracciare una nozione di ambiente come valore costituzionale autonomo e non meramente antropocentrico o relazionale, avvicinando così l'Italia alle soluzioni accolte dagli altri Stati membri dell'Unione Europea (su cui si veda, infra, par. n. 6) sulla scorta di indirizzi consolidatisi in seno al diritto internazionale dei diritti umani e al diritto dell'Unione Europea (su cui si veda, infra, par. n. 5)».

³⁴ In particolare, nel corso della XIV, finalizzate ad una revisione costituzionale rivolta ad includere l'ambiente tra i principi fondamentali della Costituzione erano le proposte di legge A.C. n. 4429 (Mascia ed altri), A.C. n. 4423 (Cima ed altri), A.C. n. 4307 (Sen. Specchia ed altri), A.C. n. 4181 (Calzolaio), A.C. n. 3809 (Milanese ed altri), A.C. n. 3666 (Colucci ed altri), A.C. n. 3591 (Schmidt ed altri), A.C. n. 2949 (Lion ed altri), A.C. n. 705 (Rocchi). La XV Legislatura si è occupata invece della proposta di legge A. C. n. 47 (Boato) ed A. C. 101 (Mussi). Nel corso della XVI Legislatura fu discusso il disegno di legge A. S. n. 23 (Peterlini e Pinzger) la proposta di legge A. C. n. 228 (Russo). Il dibatti della XVII Legislatura ha avuto ad oggetto la proposta di legge A.C. 306 (Brambilla) e i disegni di legge A. S. 1975 (Caleo ed altri), A. S. 2951 (Del Barba ed altri), A. S. 1873 (De Peteris). La dottrina non ha sovente mancato di offrire il proprio contribuito: in particolare, si ricordi B. CARAVITA DI TORITTO, *Dieci mosse per il governo dell'Ambiente*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1996, p. 414; B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, pp. 31 e ss.; B. CARAVITA DI TORITTO – L. CASSETTI – A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; S. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come «diritto dell'ambiente»*, p. 31 ss., in *www.federalismi.it*, n. 25, 2006; M. CECCHETTI, *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale*

AMBIENTEDIRITTO

allo stato, alla saggia opera ermeneutica della Corte costituzionale³⁵. In particolare, anche di recente, il Senato della Repubblica è stato impegnato nel dibattito, tutt'ora in corso, relativo alla ipotesi di aggiornare il testo dell'art. 9 Cost. al fine di integrare la predetta norma attraverso l'espresso riconoscimento della tutela ambientale.

In disparte ogni questione relativa ai limiti che il legislatore costituzionale incontrerebbe rispetto ad un'opera di revisione diretta a correggere la portata di una norma inclusa tra i principi fondamentali della Carta³⁶, anche in questo caso il dibattito si è caratterizzato per una certa tensione tra le diverse prospettive dalle quali la questione ambientale finisce per essere osservata. Per di più, ha fatto la propria comparsa anche il tema della tutela del mondo animale: anch'esso denso di profili problematici cui la letteratura giuridica stenta ancora ad offrire una soluzione condivisa.

della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Diritto Pubblico Europeo - Rassegna Online, (1). 2020, https://doi.org/10.6092/2421-0528/6695; P. MANTINI, Per una nozione costituzionalmente rilevante di ambiente, in Riv. giur. amb., 2006, p. 215. Si consenta di ricordare anche quanto prospettato in D. PORENA, La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale», Torino, 2009, pp. 266 e ss.

³⁵ Sulla utilità di un intervento di revisione del genere di quello prospettato nel corso degli ultimi anni non tutti gli autori sembrano concordare. Assai persuasiva, tuttavia, è la constatazione di M. CECCHETTI, Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Audizione presso la I Commissione permanente del Senato della Repubblica "Affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della Pubblica amministrazione, reperibile in www.senato.it, secondo cui l'opera della Corte costituzionale ha contribuito alla formazione «di un diritto costituzionale che sconta tutte le debolezze e le incertezze del diritto di formazione pretoria, ossia di un diritto inevitabilmente connotato da quei caratteri di frammentarietà, precarietà e incompletezza che discendono dalla sua origine casistica e che, proprio per questo, rendono di per sé sicuramente utile e auspicabile un intervento di normazione positiva che valga a tradurre in proposizioni normative gli approdi giurisprudenziali che possano essere ritenuti ormai consolidati, così acquisendoli definitivamente al patrimonio della Carta costituzionale». Già in precedenza, con riferimento ad altri tentativi di riforma, era stato osservato che «non era (e non è) sufficiente la tradizionale interpretazione costituzionale che faceva derivare una tutela di tipo oggettivo dagli articoli 2, 9 e 32 Cost. ; si tratta infatti di una tutela legata prevalentemente agli aspetti della tutela della salute e di organizzazione del territorio: aspetti importanti, certo, all'interno di una disciplina di tutela dell'ambiente, ma non esaustivi, giacché la tutela dell'ambiente in numerose occasioni trascende gli aspetti della salute individuale e dell'organizzazione del territorio», così B. CARAVITA DI TORITTO, Audizione sulla riforma dell'art. 9 della Costituzione, 9 dicembre 2003, ora in Federalismi.it. In questa prospettiva, sia consentito anche di ricordare quanto di recente osservato in D. PORENA, Sull'opportunità di un'espressa costituzionalizzazione dell'Ambiente e dei principi che ne guidano la protezione. Osservazioni intorno alle proposte di modifica dell'articolo 9 della Carta presentate nel corso della XVIII legislatura, in Federalismi.it, 13.5.2020, n. 14/2020, pp. 312 e ss. Altri autori, più che sulla necessità di una enunciazione dell'ambiente come valore fondamentale, già acquisito, come tale, nel patrimonio della Costituzione vivente, rivolgono la loro attenzione alla necessità di descrivere una più articolata trama dei principi che dovrebbero guidare il legislatore nella legislazione in materia. Tra questi, S. GRASSI, Ambiente e Costituzione, in Riv. Quad. Dir. Ambiente, n. 3/2017, p. 29, secondo cui sarebbe necessario «sul piano di una legislazione di livello costituzionale, un chiarimento sull'interpretazione che il nostro ordinamento è in grado di dare ai principi che, nel diritto internazionale e nel diritto comunitario, si sono affermati per la tutela dell'ambiente. Vi è, in altri termini, l'esigenza non tanto di definire o enunciare la tutela dell'ambiente, quanto di individuare in concreto la portata dei principi per l'azione a tutela dell'ambiente, gli unici che sono in grado di giungere, nella loro interazione, a consolidare un risultato anche in termini di corretta individuazione delle risorse e degli equilibri ambientali che occorre salvaguardare. Si dovrà andare, in altri termini, nella direzione presa dall'ordinamento francese, che ha approvato, accanto al Code de l'Environment, anche la fondamentale Charte Constitutionnel de l'Environment (loi constitutionnelle n. 2005-205)».

³⁶ Si ricordi, ad ogni modo, come già con legge costituzionale 21 giugno 1967, n. 1 si ebbe occasione di precisare, e dunque di incidere, su una norma inclusa tra i principi fondamentali della Carta. In particolare, nel caso richiamato,

AMBIENTEDIRITTO

Tralasciando i dettagli del dibattito, giova tuttavia constatare come anche in quest'ultima occasione di confronto sono emerse ipotesi orientate a privilegiare prospettive radicate in impostazioni culturali tra loro marcatamente differenziate.

Da un lato, si fa strada l'ipotesi di canonizzare l'ambiente nell'ambito di una descrizione normativa di tipo 'deontico', affidata alla introduzione di un generalizzato dovere di protezione in capo all'ordinamento generale e idonea a sorreggere una concezione ampia di ambiente, non necessariamente inclusa nel solo novero delle categorie dei diritti soggettivi o collettivi.

Per altro verso, continua invece ad essere rivendicata anche l'idea di un ambiente quale diritto fondamentale dell'individuo e delle collettività: una tesi, questa, dichiaratamente orientata a favorire prospettive di impronta antropocentrica che non sembrano rinunciare a un orientamento ancorato alla dimensione "proprietaria" dell'ambiente³⁷. Come detto, comincia ad affacciarsi anche il tema, nel dibattito costituzionale, della protezione del mondo animale. In questo caso, il confronto appare invero non ancora pienamente sviluppato³⁸: da proposizioni che appaiono, per lo meno

di precisò che l'ultimo comma dell'art. 10 Cost., secondo cui non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici, non trova applicazione ai delitti di genocidio.

³⁷ Secondo G. GRASSO, Appunti per l'Audizione informale resa il 4 febbraio 2020, presso la 1 a Commissione (Affari Costituzionali) del Senato della Repubblica sul disegno di legge costituzionale n. 83 e connessi (tutela costituzionale dell'ambiente), reperibile in www.senato.it, «fondamentale o inviolabile che possa essere, ragionare sull'ambiente dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva del diritto non pare del tutto appagante, perché così si rischia di trascurare che la tutela dell'ambiente (e dell'ecosistema) richiede primariamente una responsabilità e un dovere da parte di tutti i soggetti della Repubblica, cittadini, singoli e associati, imprese e pubblici poteri, ad assumere nello sfruttamento e nell'uso delle risorse ambientali comportamenti virtuosi». In prospettiva mediana, si affaccia anche l'idea di approcciare la dimensione costituzionale dell'ambiente richiamando nell'ambito di una stessa norma il plurale background culturale nel quale si confrontano tesi e ricostruzioni teoriche tra loro distinte. In proposito, cfr. A. MORRONE, Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica, Traccia di discussione del Prof. Andrea Morrone, p. 4, reperibile in www.senato.it, secondo cui «al riconoscimento di un diritto a vivere in un ambiente ecologicamente equilibrato e salubre deve corrispondere un altrettanto generale dovere per tutti (cittadini, imprese, istituzioni pubbliche e private) di contribuire alla sua tutela ed alla sua promozione. Dal punto di vista dei principi costituzionali e del risultato che si vorrebbe conseguire per la protezione dell'ambiente è molto più rilevante la previsione di un dovere di protezione generalizzato, che non il riconoscimento di diritti genericamente rivolti». Come ricorda A. PISANO', Diritti deumanizzati: animali, ambiente, generazioni future, specie umana, Milano, 2012, p. 119, «la natura antropocentrica dei diritti ambientali, secondo alcuni commentatori, rinforzerebbe l'idea per cui l'ambiente e le risorse naturali esistono soltanto a beneficio dell'uomo e non abbiano alcun valore intrinseco (...) i diritti ambientali rappresenterebbero i diritti di un uomo che concepisce ancora strumentalmente la natura senza riconoscerne un intrinseco e specifico valore».

³⁸ Anche se, invero, la dottrina giuridica degli ultimi anni ha iniziato ad insistere, con elaborazioni sempre più ricche, sulla necessità di un complessivo ripensamento dei problemi concettuali che la fenomenologia giuridica incontra rispetto al mondo animale. Tra gli altri, si vedano i contributi di L. BOSCOLO CONTADIN, *La tutela giuridica degli animali e il loro valore come categoria protetta*, Milano, 2017; S. CASTIGLIONE – L. L. VALLAURI (a cura di), *La questione animale*, Milano, 2012; S. CASTIGLIONE (a cura di), *I diritti degli animali*, Bologna, 1985; G. GEMMA, *Costituzione e tutela degli animali*, in *www.forumcostituzionale.it*, 27 aprile 2004; A. PISANO', *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, 2012, Milano; F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; F. RESCIGNO, *Una nuova frontiera per i diritti essenziali: gli esseri animali*, in *Giur. Cost.*, 2006, pp. 3183; F. RESCIGNO, *Animali (diritti degli)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Bari, pp. 321 e ss.; M. SANTOLOCI-C. CAMPANARO, *Tutela giuridica degli animali*, Roma, 2008; P. SINGER (a cura di), *In Defence of Animals*, Oxford, 1985; T. REGAN, *I diritti degli animali*, Milano, 1990; A. VALASTRO, *Animali e Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 27 luglio 2004; M. TALLACCHINI (a cura di), *Per un codice degli animali*, Milano, 2001; P. VERONESI, *Gli animali nei "recinti" della Costituzione, delle leggi e della giurisprudenza*, in *www.forumcostituzionali.it*, 14 maggio 2004. Sia consentito ricordare, inoltre, quanto osservato in D. PORENA, *Il valore ambientale e la tutela del mondo animale nelle prospettive di revisione della Costituzione*, in

AMBIENTEDIRITTO	

allo stato, suggestive e poco congruenti rispetto ad alcuni concetti che costituiscono patrimonio consolidato del fenomeno giuridico – ciò, particolarmente, laddove si parla di "diritti" degli animali o si attinge a categorie, come quella della dignità, assai poco calzanti al di fuori della sfera della persona³⁹ – si giunge a soluzioni più meditate che, anche sull'abbrivio dei percorsi maturati sia in ambito scientifico-etologico sia in quello giuridico, tendono ad operare un richiamo al dovere di rispetto e protezione del mondo animale in quanto popolato, anch'esso, da esseri 'senzienti'⁴⁰. Anche in questo caso, non vi è chi non veda come la problematica affondi in assai più ampie questioni che, in definitiva, seguono il passo non già del semplice dibattito pubblico-scientifico ma, in generale, quello segnato dagli approdi progressivamente raggiunti dalla civiltà sociale, politica e giuridica⁴¹.

Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, n. 11 del 1/6/2008, pp. 1141 e ss.

³⁹ Cfr. B. CARAVITA DI TORITTO, Audizione sulla riforma dell'art. 9 deslla Costituzione, 9 dicembre 2003, ora in Federalismi.it, il quale ricorda che «la dignità, nella Costituzione, è attributo delle persone umane (tutti i cittadini hanno pari dignità sociale: art. 3) e non credo che allo stesso rango possano essere elevati altri soggetti del creato; più congrua appare eventualmente la nozione di "rispetto degli animali"».

⁴⁰ Sul punto, si ricordi peraltro quanto disposto dall'art. 13 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come modificato dal Trattato di Lisbona, secondo cui «nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale». Prospettiva, anche questa, non priva tuttavia di elementi di criticità. A questo proposito, cfr. F. FRACCHIA, Governo del territorio e ambiente, in B. POZZO-M. RENNA (a cura di), L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione, Milano, 2004, p. 45 ss., secondo cui «a tacere della estrema difficoltà di configurare elementi non senzienti come titolari di diritti (se agli animali e alla natura possono essere riferiti esigenze e bisogni, è tuttavia arduo riconoscere ad essi diritti in senso proprio, o regole giuridiche di comportamento) l'approccio ecocentrico genera immediatamente il problema della pluralità di soggetti che si candidano alla sua tutela, con le connesse difficoltà di elevarne uno al rango di "difensore"».

⁴¹ Letture, prospettive e punti di vista assai diversificati sembrano aver orientato parte della letteratura verso la constatazione di come apparirebbe, in effetti, poco realistica l'ipotesi di giungere a soluzioni che possano considerarsi appaganti lungo le pur diverse prospettive. In proposito, cfr. G. DI PLINIO, in *Principi di diritto ambientale*, Milano, 2002, 1, dove l'autore osserva che «la tutela integrale dell'ambiente attraverso il diritto è una mission impossible (...) tra l'altro per sei miliardi di ragioni (...)».

A	AMBIENTEDIRITTO

LA DISTRIBUZIONE DELLE COMPETENZE TRA I DIVERSI LIVELLI DI GOVERNO AL TEMPO DEL COVID-19 E I RIFLESSI SUGLI ATTI.

Gloria Mancini Palamoni*

Abstract (it): Il contributo intende partecipare al dibattito sorto intorno alla diffusione mondiale del virus Covid-19 riflettendo sulla normazione emergenziale prodotta in Italia e sui suoi effetti. I provvedimenti emanati durante questa emergenza sanitaria, seppure per natura temporanei e provvisori, producono conseguenze potenzialmente definitive e incidono sui rapporti tra le fonti normative. L'intento è analizzare se e come detta normativa muta i poteri e le competenze degli organi dello Stato e degli enti locali in occasione dell'emergenza sanitaria, per comprendere fino a che punto il sistema di attribuzione dei poteri è capace di "reggere" alle sollecitazioni imposte dalle emergenze.

Abstract (en): This paper fits within the contest of the current debate about corona virus spread and discusses the effects of imposed emergency rules. Even when the emergency measures are temporary and provisional they potentially show definitive consequences impacting relationships among sources of law. This essay, therefore, focuses on analysing whether and how these measures affect the powers of the State entities and local authorities during the health emergency in order to understand if the system for allocating powers is capable to resist emergencies.

SOMMARIO: **1**. Introduzione. **- 2**. La distribuzione delle competenze tra i diversi livelli di governo ... "in tempo di pace". **- 3**. ...e durante l'emergenza sanitaria da diffusione del virus Covid-19. **- 4**. Tre casi sintomatici di una (debole) collaborazione Stato-regioni. **- 4.1**. Il "caso Marche". **- 4.2**. Il parere del Consiglio di Stato sull'ordinanza del Sindaco di Messina e l'annullamento straordinario ex art. 138 T.U.EE.LL. **- 4.3**. Il "caso Calabria". **- 5**. Brevi note conclusive: un'emergenza, venti regioni, centinaia di atti, migliaia di misure (diverse). Si poteva fare di meglio?

^{*} Dottore di ricerca in Diritto amministrativo e Professore a contratto presso l'Università di Camerino.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Introduzione.

Ci sarà stato un "prima" e ci sarà un "dopo". Un "prima" e un "dopo" sociale, economico e normativo. A scandire il "prima" e il "dopo", nel "mezzo", la pandemia e lo stato di emergenza da essa derivato.

La deliberazione dello stato di emergenza del 31 gennaio 2020¹ separa le attribuzioni "ordinarie" tra i diversi livelli di governo (durante il "prima") da quelle straordinarie a questi conferite dai provvedimenti emergenziali (durante il "mezzo"), i cui effetti continueranno, inevitabilmente, a prodursi anche al termine dell'emergenza (ovvero durante il "dopo"). Questo contributo intende partecipare al dibattito² sorto intorno alla diffusione mondiale del virus Sars-Cov-2 riflettendo sulla normazione emergenziale prodotta in Italia e su taluni effetti. Sebbene i provvedimenti emanati durante questa emergenza sanitaria, ma, in generale, durante tutte le emergenze, siano, per loro natura, temporanei e provvisori, le conseguenze che ne scaturiscono possono cristallizzarsi in situazioni definitive.

L'intento è, in particolare, analizzare se e come la normativa emergenziale muti i poteri e le competenze degli organi dello Stato e degli enti locali in occasione di un'emergenza sanitaria, mettendoli duramente alla prova³, attraverso l'analisi di tre casi "sintomatici"⁴: il contenzioso sorto a seguito della prima ordinanza del Presidente della

¹ D.C.M. 31 gennaio 2020. Lo stato di emergenza è stato dichiarato sino al 31 luglio 2020, sebbene il 28 luglio il Primo ministro Giuseppe Conte ha chiesto a Camera e Senato una proroga di tre mesi, sino al 31 ottobre.

² Numerosi sono gli studiosi che hanno riflettuto e riflettono sul tema e molteplici sono le riviste e i soggetti che hanno dedicato numeri tematici e osservatori all'argomento. A mero titolo esemplificativo, oltre a questa Rivista, si pensi al numero speciale 1/2020 del BioLaw Journal (p. http://rivista.biodiritto.org/ojs/index.php? journal=biolaw&page=issue&op=view&path%5B%5D=23), al "Fascicolo speciale" 2/2020" intitolato Le fonti Covid-19 normative gestione dell'emergenza di Osservatoriosullefonti.it, https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-fascicoli/1544-fascicolo-speciale-2020/file), all'Osservatorio della rivista federalismi.it (p. https://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm? FOCUS ID=112&focus=covid) e, ancora, agli Osservatori dell'Università di Urbino OssCovid19 (p. https://sites.google.com/uniurb.it/osscovid19/) e della Giuffré (p. https://covid.giuffrefrancislefebvre.it).

³ P. COLASANTI, A. FILIPPETTI, Il regionalismo alla prova dell'emergenza: un ragionamento a emotività invariata, in IlSole24Ore, 9 aprile 2020. Sui rapporti tra Stato e regioni al tempo della pandemia, si segnalano, ex multis: C. BOTTARI, Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus, in Osservatorio emergenza Covid-19, Federalismi.it, 1, 13 marzo 2020; E. CATELANI, Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 501; A. DE SIANO, Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19, in Osservatorio emergenza Covid-19, Federalismi.it, 1, 13 marzo 2020; U. DE SIERVO, Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 299; V. DI CAPUA, Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni, in Osservatorio emergenza Covid-19, Federalismi.it, 1, 13 marzo 2020; E. D'Orlando, Emergenza sanitaria e Stato regionale: spunti per una riflessione, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 577; E. LONGO, Episodi e momenti del conflitto Stato-regioni nella gestione della epidemia da Covid-19, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 377 ss.; M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in giurcost.org, 11 aprile 2020, spec. 17 ss.; M. PICCHI, Il potere "punitivo" delle Regioni, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 623; A. ROMANO, I rapporti tra ordinanze sanitarie regionali e atti statali normativi e regolamentari al tempo del Covid-19, in Osservatorio emergenza Covid-19, Federalismi.it, 1, 13 marzo 2020; G. VERDE, La Regione Siciliana e la definizione delle misure per limitare il diffondersi della pandemia da Coronavirus Covid-19, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 659.

⁴ Altri episodi che evidenziano il rapporto di (debole) leale collaborazione si sono verificati. Si pensi, ad esempio, all'ordinanza contingibile e urgente emanata in via precauzionale il 23 febbraio 2020 da cinque dei sei sindaci dell'Isola di Ischia e annullata dal Prefetto di Napoli lo stesso giorno. Il provvedimento che impediva l'accesso all'isola di persone provenienti da Lombardia e Veneto trovava fondamento nel «prevenire la diffusione della

AMBIENTEDIRITTO	

regione Marche⁵, l'intervento del Consiglio di Stato in sede consultiva e l'applicazione dell'istituto dell'annullamento straordinario *ex* art. 138 T.U.EE.LL. dell'ordinanza del Sindaco di Messina⁶ e il ricorso al TAR avverso il punto n. 6 dell'ordinanza della Presidente della regione Calabria che, in tempo di chiusure, mirava a consentire il servizio ai tavoli nelle attività di ristorazione⁷. I decreti-legge, i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, le ordinanze di protezione civile e del Commissario straordinario per l'emergenza sanitaria, del Ministero della sanità, dei presidenti di regione e dei sindaci si inseriscono nelle "ordinarie" distribuzioni delle competenze a questi assegnate dal nostro ordinamento⁸, creando, nel pieno della crisi, incertezze e dubbi interpretativi⁹, marginalizzando la funzione parlamentare¹⁰ e mutando la geografia amministrativa¹¹. Nel contempo, si aggiungono molteplici soggetti di nuova istituzione (*task force* e comitati), creati appositamente per fronteggiare l'emergenza in atto.

In un simile contesto è necessario fare chiarezza sull'accaduto e tentare di comprendere fino a che punto il sistema di attribuzione dei poteri pensato dal legislatore dell'emergenza pandemica, sotto il profilo dei rapporti Stato-regioni (ambito nel quale la confusione è massima e la cooperazione istituzionale insoddisacente¹²) è capace di "reggere" alle sollecitazioni imposte da questa emergenza sanitaria e da quelle, sempre più frequenti negli ultimi decenni, che potrebbero ancora verificarsi.

malattia infettiva COVID-19» poiché la circolazione avrebbe rappresentato una minaccia grave per residenti e turisti data anche la presenza di una sola struttura ospedaliera: A. DE SIANO, *Ordinanze sindacali e annullamento prefettizio ai tempi del Covid-19*, cit.

⁵ V. *infra* par. 4.1.

⁶ V. infra par. 4.2.

⁷ V. *infra* par. 4.3.

⁸ Artt. 77, 117 Cost., c. 2, lett. h), m) e q), e 3; art. 32 della l. n. 833/1978, gli artt. 50, c. 4, e 54 del d. lgs. n. 267/2000 e il d. lgs. n. 1/2018.

⁹ Ex multis: TAR Marche, decreto pres. n. 56 del 2020; TAR Campania, Napoli, decreto pres. n. 424 del 2020, Cons. St. n. 1553/2020.

¹⁰ Tra i molti: M. Belletti, Miopia istituzionale nella strategia delle riforme costituzionali, o consapevole ricerca di una 'marginalizzazione' della rappresentanza parlamentare?, in Federalismi.it, 10, 15 aprile 2020; Id., La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Oss. Cost. AIC, 3, 2020, 174; G. L. Conti, La crisi dello "Stato moderno" e l'emergenza pandemica; appunti sul ruolo delle Camere nella lotta contro il coronavirus, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 517; S. Curreri, Il Parlamento nell'emergenza, in Oss. Cost. AIC, 3, 2020, 214; C. Della Giustina, Le ordinanze extra ordinem durante l'emergenza Covid-19, in questa Rivista, 2, 2020, spec. 2 e 38; M. C. Grisolia, Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 596; N. Lupo, L'attività parlamentare in tempi di coronavirus, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2, 2020, 121.

¹¹ E. CARLONI, La crisi da coronavirus come problema di geografia amministrativa, in Costituzione.info, 12 maggio 2020, lacostituzione.info/index.php/2020/05/12/la-crisi-coronavirus-come-problema-di-geografia-amministrativa/.

¹² V. BALDINI, Riflessioni sparse sul caso (o sul caos....) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale, in Dirittifondamentali.it, 1, 2020, 2 aprile 2020, 985.

AMBIENTEDIRITTO	

2. La distribuzione delle competenze emergenziali tra i diversi livelli di governo..."in tempo di pace".

Prima di soffermarsi sugli effetti dell'applicazione della normativa emergenziale, è bene operare un tentativo di riduzione a sistema della stessa e di quella specificamente creata dal legislatore dell'emergenza sanitaria alla quale si affianca e sovrappone. Partendo dai cardini dell'ordinamento, la Costituzione, all'art. 117, distribuisce la competenza legislativa tra lo Stato e le regioni assegnando al primo la potestà legislativa esclusiva in materia di ordine pubblico e sicurezza (c. 2, lett. h), nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (c. 2, lett. m)¹³ e nella materia della profilassi internazionale (c. 2, lett. q). Demanda alla potestà legislativa concorrente le materie "tutela della salute" e "protezione civile" (c. 3)¹⁴.

Pur mancando espressamente il termine "emergenza", la Costituzione se ne occupa in alcune disposizioni¹⁵: l'art. 77, ad esempio, la fa rientrare nell'espressione «casi straordinari di necessità e urgenza». In tali evenienze, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge che deve, il giorno stesso, presentare al Parlamento per la conversione in legge¹⁶. La previsione ha condotto allo schema decreto-legge–cascata di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi, foriero di problemi di compatibilità con la stessa Carta costituzionale sia dal lato del coinvolgimento parlamentare, sia dal lato delle competenze Stato-regioni.

L'art. 78 Cost. si occupa dello stato di guerra; può essere deliberato dal Parlamento il quale, per l'occasione, conferisce al Governo i poteri necessari. La politica, nel corso dell'emergenza, ha ricondotto l'attività governativa a tale previsione¹⁷.

Il secondo comma dell'art. 120 Cost. determina il potere sostitutivo; esso consente al Governo di agire al posto degli organi di regioni, città metropolitane, province e comuni, «nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria» o qualora sussista un «pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o

¹³ N. AICARDI, La sanità, in S. Cassese (a cura di), Trattato di Diritto amministrativo speciale, I, Milano, 2003, 633 ss.; R. BALDUZZI, Cinque anni di legislazione sanitaria decentrata: varietà e coesione di un sistema nazional-regionale, in Le Regioni, 2005, 5, 717 ss.; G. CARPANI, D. MORANA, Le competenze legislative in materia di "tutela della salute", in R. Balduzzi, G. Carpani (a cura di), Manuale di diritto sanitario, Bologna, 2013, 125 ss.; A. D'ATENA, Diritto regionale, Torino, 2019, 164; M. LUCIANI, I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni, in E. Catelani, G. Cerrina Feroni, M.C. Grisolia (a cura di), Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione, Torino, 2011, 13 ss.;

¹⁴ Sul tema, recentemente, E. D'ORLANDO, Corti costituzionali, crisi economico-finanziaria e forma di Stato regionale, in Federalismi.it, 4 settembre 2019.

¹⁵ Secondo G. De MINICO, *Costituzionalizziamo l'emergenza?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2020, 543, sarebbe opportuno inserire nella Carta costituzionale una clausola di emergenza.

¹⁶ Affronta, specificamente, tra gli altri, il tema della decretazione d'urgenza e del rapporto con le altre fonti durante le emergenze G. MOBILIO, *La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2020, 351. In questo senso la dottrina si è già occupata del problema: tra gli altri A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011; A. CELOTTO, *L'abuso del decreto-legge*, Padova, 1997.

¹⁷ Sul punto si rinvia alla lettura del saggio di C. TRIPODINA, *La Costituzione al tempo del Coronavirus*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2020, spec. 82. Non è d'accordo S. Cassese durante l'intervista di P. ARMAROLI, *Cassese:* "La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi", in Il Dubbio, 14 aprile 2020, p. https://www.ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi/.

AMBIENTEDIRITTO

dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali»¹⁸.

Tra le fonti ordinarie, di emergenza si occupa principalmente il d. lgs. n. 1 del 2 gennaio 2018 che ha trovato una sua prima attuazione concreta durante l'emergenza conseguente al crollo del viadotto del Polcevera nell'agosto 2018¹⁹.

L'applicazione della disciplina contenuta nel Codice della protezione civile, tuttavia, è estesa all'intero territorio nazionale solo a partire dal mese di febbraio 2020 con la dichiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio, pubblicato a seguito della diffusione del virus Sar-Cov-2. È interessante osservare come per un'emergenza sanitaria si sia fatto ricorso alla normativa riguardante le calamità che richiedono mezzi e poteri straordinari per limitati e predefiniti periodi di tempo. Senza la presunzione di fornire le risposte, tre domande vengono subito da porsi: la pandemia è una calamità naturale (o lo sono – almeno – i suoi effetti?) Ha un tempo predeterminato o almeno in qualche modo predefinibile? E, ancora, le ordinanze di protezione civile possono derogare fino al punto in cui si sono spinte, perfino sospendendo taluni diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione?²⁰

Nonostante il richiamo alle attribuzioni date dal codice della protezione civile è mancata l'invocazione dello "stato di mobilitazione" del servizio nazionale, previsto nel citato decreto come prodromico alla delibera dello stato di emergenza. Ai sensi dell'art. 23, il Presidente del Consiglio dei ministri, con decreto, su proposta del Capo del dipartimento della protezione civile, dichiara, prima dello stato di emergenza di cui all'art. 24, lo stato di mobilitazione. L'art. 16 individua, tra le tipologie di rischio di protezione civile, quello igienico-sanitario, nell'ambito del quale può esplicarsi l'azione del Servizio nazionale, ferme restando le competenze dei soggetti ordinariamente individuati ai sensi della normativa di settore vigente (spec. c. 2). In particolare, il c. 1 dell'art. 24 autorizza la protezione civile ad esercitare i poteri di emergenza derogatori appunto attraverso le ordinanze di protezione civile di cui al successivo art. 25.

Anche l'art. 1 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (T.u.l.p.s.) attribuisce poteri in materia di sicurezza e incolumità dei cittadini. Prevede che l'autorità di pubblica sicurezza vigili

¹⁸ Sul potere sostitutivo, vasta è la dottrina. Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, almeno, Q. CAMERLENGO, *Potere sostitutivo* (voce), in *Digesto disc. Pubbl.*, Torino, 2008, 652 ss.

¹⁹ Al tempo, l'evento è stato fatto rientrare nelle emergenze di rilievo nazionale di cui all'art. 7, c. 1, lett. c).

²⁰ In tantissimi hanno risposto a queste sollecitazioni, tra i quali, senza pretese di completezza: F. ANCORA, Coronavirus, spostamenti, motivazioni, autocertificazione, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 173 ss.; L. Cuocolo (a cura di), I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata, in Osservatorio emergenza Covid-19, federalismi.it, 1, 13 marzo 2020; A. D'ALOIA, Emergenza sanitaria ed ordinamento democratico: questioni di metodo e di valore, in BioLaw Journal, 1, 2020, 13 ss.; L. DEL CORONA, Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 61 ss.; G. Di Cosimo, Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 565 ss.; E. FALLETTI, La forma è sostanza? Alcune sommarie riflessioni sulla gestione dell'emergenza CoViD-19 in Italia, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020,167 ss.; Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza CoViD-19, Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 321 ss.; L. POLI, Epidemie, diritti fondamentali e doveri dell'individuo, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 309 ss.; B. PONTI, La libertà di informazione al tempo della pandemia. Rilievi critici in margine all'istituzione dell'«unità di monitoraggio per il contrasto della diffusione di fake news relative al CoViD-19 sul web e sui social network», in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 635 ss.; C. M. REALE, La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 269 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

sul mantenimento dell'ordine pubblico, sulla sicurezza dei cittadini, sulla loro incolumità e sulla tutela della proprietà, cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province, dei comuni e delle ordinanze delle autorità (che in tal senso sono assimilate alle leggi) e presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni (c. 1). Le attribuzioni dell'autorità provinciale di pubblica sicurezza sono esercitate dal prefetto e dal questore.

In materia sanitaria, rilevano ai fini di queste riflessioni, ancora, l'art. 32 della L. del 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del SSN, e gli artt. 50 e 54, c. 4, del d. Lgs. n. 267 del 2000 ossia il testo unico degli enti locali (T.U.EE.LL.).

La prima disposizione (art. 32) disciplina le ordinanze del Ministro della sanità²¹. A questi è attribuito il potere di emettere provvedimenti contingibili e urgenti in ambito di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria con efficacia estesa all'interno del territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni (c. 1). Detto potere è riconosciuto altresì al presidente della giunta regionale e al sindaco; l'efficacia di tali provvedimenti è estesa, rispettivamente, alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale (c. 3). Tutto quanto facendo salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico (c. 4).

Il testo unico degli enti locali, riconosce, poi, un potere da esercitare durante le situazioni di emergenza agli artt. 50 e 54 (spec. c. 4). L'art. 50 individua le competenze del sindaco e del presidente della provincia. In particolare, al sindaco, quale rappresentante della comunità locale, è attribuito il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale²².

Il c. 4 dell'art. 54 riconosce, invece, al sindaco, quale ufficiale di governo, la possibilità di adottare con atto motivato provvedimenti, anche di carattere contingibile e urgente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e tesi a prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Essi devono essere preventivamente comunicati al prefetto anche ai fini della predisposizione degli strumenti ritenuti necessari alla loro attuazione. Detti atti concernenti l'incolumità pubblica sono diretti alla tutela dell'integrità fisica della popolazione, mentre quelli afferenti la sicurezza urbana tendono a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità o di abusivismo o in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, pure per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi, l'adozione dei

²¹ In argomento N. Lupo, Gli atti normativi del Governo tra legalità costituzionale e fuga dai controlli, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici: atti del convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, Università degli studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Torino, 538; T. MARTINES, Delegificazione e fonti del diritto, in AA.VV., Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia, II, Milano, 1987, pp. 900-901.

²² Sul potere di ordinanza anche sindacale: R. C. PERIN, Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza, Milano, 1990; G.U. RESCIGNO, Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza, in Nov. Dig. It., XII, Torino, 1965, 90; G. MARAZZITA, Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti forum/paper/0227 marazzita, spec. 12-13; G. RAZZANO, L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Bari, 2010.

AMBIENTEDIRITTO	

provvedimenti d'urgenza spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali (c. 5), sebbene nel frattempo (in caso di emergenza che investe il territorio di più comuni), ciascun sindaco possa adottare le misure necessarie (c. 6).

Questo, in estrema sintesi, risulta il panorama legislativo che le istituzioni hanno a disposizione per fronteggiare le emergenze. Vediamo, a questo punto, se e come tali previsioni sono state applicate durante l'emergenza sanitaria, per focalizzarsi, più avanti, sui risultati sinora raggiunti.

3. ...e durante l'emergenza sanitaria da diffusione del virus Sars-Cov-2.

Le disposizioni adottate per fronteggiare e superare l'emergenza dovuta alla diffusione del *Coronavirus* denota una forte stratificazione normativa. Si tratta di disposizioni nuove e improvvisate sulle quali si è dovuti tornare per rimediare agli errori, colmare le lacune e fare fronte agli imprevisti²³. Come è stato osservato, non aver tenuto in considerazione le norme esistenti optando per una disciplina creata *ex novo* ha provocato uno stato di disunione²⁴, sintomatico dello spostamento dei poteri dal legislativo all'esecutivo, tipico delle situazioni di crisi²⁵.

Il momento iniziale globale è ricondotto, cronologicamente, al 30 gennaio 2020, quando l'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) dichiara l'emergenza internazionale di salute pubblica²⁶ per la diffusione del virus Sars-Cov-2²⁷. La raccomandazione, in realtà, non è la prima sulla diffusione della polmonite da nuovo *coronavirus*, poiché già dal 22 gennaio il Ministero della salute aveva pubblicato provvedimenti di sorveglianza contenenti le indicazioni operative per il monitoraggio della malattia e le prime misure di prevenzione²⁸.

Il 31 gennaio 2020 è la data che segna il confine tra il "prima" e il "durante/dopo". È il momento giuridico emergenziale iniziale, *incipit* della vera e propria «catena normativa dell'emergenza»²⁹, una catena, sfilata³⁰ di atti, portatrice, nel pieno della crisi,

²³ G. NAPOLITANO, I poteri pubblici di fronte alla pandemia, in Giornale dir. amm., 2, 2020, 146.

²⁴ S. CASSESE intervistato per il Foglio, 5 maggio 2020, Lo stato d'emergenza ha minato l'equilibrio tra poteri costituzionali.

²⁵ C. LATINI, Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento, Milano, 2005, passim.

²⁶ Con l'espressione si intende un evento straordinario che può rappresentare una minaccia sanitaria per altri Stati membri attraverso la diffusione di una malattia e che richiede una risposta coordinata a livello internazionale.

²⁷ Il 9 gennaio 2020 l'OMS dichiara l'individuazione da parte delle autorità sanitarie cinesi di un nuovo ceppo di *coronavirus* mai identificato prima nell'uomo, associato ad un focolaio di casi di polmonite registrati a partire dal 31 dicembre 2019 nella città di Wuhan, nella Cina centrale. L'11 febbraio, l'OMS annuncia che la malattia respiratoria è stata chiamata COVID-19 ed il 30 gennaio, l'Istituto Superiore di Sanità (ISS) conferma i primi due casi di infezione in Italia; il 21 febbraio è confermato il primo caso autoctono in Italia.

²⁸ Le circolari del Ministero della salute del 22, 24 e 27 gennaio, le ordinanze contingibili e urgenti di sanità pubblica del 25 (pubblicata il 27 gennaio in G.U.) e del 30 gennaio (con la quale è stata, rispettivamente, prevista l'adozione di misure di rafforzamento del personale sanitario da impiegare nelle attività di controllo sanitario e di misure di interdizione del traffico aereo) ed il provvedimento del 27 gennaio 2020. Sempre il 22 gennaio è istituita un'apposita *task-force* con il compito di coordinare 24 ore su 24 le azioni da mettere in campo per evitare la diffusione dell'epidemia in Italia.

²⁹ M. Luciani, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Rivistaaic.it, 2, 2020, 111.

³⁰ L'utilizzo del termine "sfilare" rimanda al doppio significato di "sfilacciare" (una catena normativa sfilacciata) e di "susseguirsi", "succedersi", "inseguirsi" (nel senso di sequenza di norme che si inseguono).

AMBIENTEDIRITTO	

di incertezze e dubbi interpretativi³¹ e che trasferisce la gestione dell'emergenza sanitaria al Presidente del Consiglio dei ministri.

Per tentare di restituire un'immagine unica della normazione emergenziale prodotta occorre dare contezza del sistema parallelo formatosi: un coacervo normativo costituito (per il momento³²) da sei decreti legge emanati dal Governo³³ e otto approvati dal Parlamento³⁴, quattordici decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, centotrentuno tra ordinanze, circolari delibere, decreti note, direttive, comunicati collegati ai d.p.c.m. e emanati dal governo, dai ministeri, dalla protezione civile, dal commissario straordinario, dalla conferenza Stato-regioni e dall'INAIL e circa novecento atti (leggi, ordinanze, decreti, *etc.*) adottati dalle regioni, numeri che, già soli, restituiscono una proiezione della situazione.

Atti tutti scaturiti dalla delibera del Presidente del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020 con la quale è stato dichiarato lo stato di emergenza nazionale, della durata di sei mesi, in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, ai sensi degli artt. 7, c. 1, lett. c) e dell'art. 24 c. 1 del d.lgs. 1 del 2018³⁵. La deliberazione trova ragione nella situazione di diffusa crisi internazionale, nella necessità di assunzione immediata di iniziative di carattere straordinario ed urgente e di supporto all'attività del Ministero della salute e del SSN, oltre che nell'esigenza di provvedere tempestivamente attraverso tutte le iniziative di carattere straordinario tese a fronteggiare la situazione determinatasi; il presupposto è che la situazione di emergenza in essere, per intensità ed estensione, non sia fronteggiabile con mezzi e poteri ordinari.

Tale atto ascrive al Capo del dipartimento della protezione civile³⁶ il potere di provvedere mediante ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, ponendo due limiti: il rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e le risorse assegnate.

A questo punto, la gestione emergenziale è traferita, sebbene, a differenza che in altre precedenti crisi, solo parzialmente, alla protezione civile che emana le prime ordinanze.

Sempre datate 31 gennaio sono le note del Ministero della salute sulla estensione delle misure e su nuovi ed ulteriori interventi di prevenzione della trasmissione dell'infezione e la circolare sulla gestione dei potenziali casi di contagio³⁷, alle quali seguono altre due circolari dell'1 e del 3 febbraio 2020³⁸.

Il 3 febbraio 2020 il Capo del dipartimento della protezione civile emana la prima ordinanza (OCDPC), ritenuta l'atto ove cercare le coordinate essenziali per la gestione

³¹ Ex multis i decreti presidenziali del TAR Marche, n. 56/2020, del TAR Campania n. 424/2020, Cons. St. n. 1553/2020.

³² Il 29 luglio 2020.

³³ D.l. n. 26 del 20 aprile 2020, n. 28 del 30 aprile 2020, n. 29 e n. 30 del 10 maggio 2020, n. 33 del 16 maggio 2020 e n. 34 del 13 maggio 2020.

³⁴ D.l. n. 22 (decreto liquidità) e 23 (decreto scuola) dell'8 aprile 2020, n. 19 del 25 marzo 2020 (decreto attuativo delle misure Covid-19), n. 18 del 17 marzo 2020 (decreto cura Italia), n. 14 del 9 marzo 2020 (per il potenziamento del SSN), n. 11 dell'8 marzo 2020 (sull'attività giudiziaria), n. 9 del 2 marzo (sulla zona rossa) – i testi originari dei decreti n. 9, 11 e 14 sono decaduti e confluiti nel decreto c.d. cura Italia), il n. 6 del 23 febbraio 2020.

³⁵ D.C.M. 31 gennaio 2020 «Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili».

³⁶ Ai sensi dell'art. 25, c. 2, lett. a) e b) del d. lgs. n. 1 del 2018.

³⁷ Le note del Ministero della salute n. 3021 e 3122 e la circolare n. 2993.

³⁸ La circolare avente ad oggetto "Indicazioni per la gestione degli studenti e dei docenti di ritorno o in partenza verso aree affette della Cina" dell'1 febbraio 2020 e la n. 3190 recante le "Indicazioni per gli operatori dei servizi/esercizi a contatto con il pubblico" del 3 febbraio 2020.

dell'emergenza, data la laconicità della delibera del Consiglio dei ministri³⁹. Il provvedimento regola il coordinamento degli interventi di protezione civile, dichiarati «urgenti, indifferibili e di pubblica utilità» e, se del caso, costituenti «variante agli strumenti urbanistici vigenti»; le misure (individuate nel soccorso, assistenza, prosecuzione delle misure già adottate dal Ministero della salute, interdizione del traffico aereo, terrestre e marittimo, rientro delle persone dai paesi a rischio e rimpatri, acquisto di farmaci e dispositivi medici di protezione individuale, requisizione e gestione di beni immobili e mobili registrati anche avvalendosi dei Prefetti territorialmente competenti, ripristino o potenziamento della funzionalità dei servizi pubblici, etc.) sono assunte servendosi del supporto del Comitato tecnico scientifico. L'atto, come per legge, elenca all'art. 3 le deroghe alle quali egli e gli eventuali soggetti attuatori dallo stesso individuati possono attenersi per la realizzazione delle attività indicate nell'ordinanza, con il noto limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. L'ordinanza determina anche le procedure di approvazione dei progetti (art. 4) e regola il trattamento dei dati personali nell'ambito delle attività connesse a quelle dello stesso provvedimento (art. 5), specificandone l'applicazione anche alle province autonome di Trento e Bolzano compatibilmente con i rispettivi statuti e norme di attuazione (art. 6).

Fino al primo decreto-legge, il n. 6 del 23 febbraio 2020, dal contenuto limitato perché circoscritto agli abitanti dei comuni identificati all'allegato al decreto stesso, si avvicendano altri numerosi provvedimenti della protezione civile⁴⁰, del Ministero della salute⁴¹, emanati anche d'intesa con i presidenti di alcune regioni interessate dall'epidemia, e delle regioni contenenti misure temporanee per fronteggiare l'emergenza sanitaria. Questo decreto-legge consente di adottare con successivi

³⁹ G. P. DOLSO, Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario, in questa Rivista, 1, 2020, 8.

⁴⁰ La nota n. 5365 del 4 febbraio 2020 sulla sorveglianza sanitaria degli aeroporti maggiormente interessati dal traffico internazionale per tutti i passeggeri in arrivo in Italia; l'OCDPC n. 631 del 6 febbraio 2020 che autorizza il Ministero dell'istruzione, anche in deroga all'art. 4, c. 1 e 2, e all'art. 14, c. 7, del D.P.R. 22 giugno 2009, n. 122, ad adottare i provvedimenti necessari per garantire la validità dell'anno scolastico 2019/2020 degli studenti impegnati nei programmi di mobilità internazionale nelle aree a rischio di contagio da Covid-19; il decreto del Capo del dipartimento della protezione civile n. 414 del 7 febbraio 2020 con il quale il Segretario generale del Ministero della salute è nominato soggetto attuatore per la realizzazione degli interventi di competenza del Ministero della salute ai sensi dell'OCDPC n. 630; l'OCDPC n. 633 del 12 febbraio 2020 sul rientro degli studenti dalle aree a rischio al fine di assicurare la validità dell'anno scolastico 2019/2020 di quegli alunni sottoposti a misure di sorveglianza da parte del Dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria locale di riferimento o che si siano autonomamente sottoposti a misure di quarantena volontaria nel proprio domicilio; l'OCDPC n. 635 del 13 febbraio 2020 che disciplina i benefici normativi previsti dagli artt. 39 e 40 del d. lgs. n. 1 del 2018; il decreto del Capo del dipartimento della protezione civile n. 532 del 18 febbraio che integra i compiti del soggetto attuatore nominato con il decreto n. 414 precisando che questi provvede a dare esecuzione a tutte le misure necessarie per assicurare la tutela della salute pubblica ed i servizi per l'assistenza alle postazioni di lavoro informatizzate e di videoconferenza nell'ambito dell'attività di coordinamento del sistema di protezione civile attivato con l'ordinanza n. 630;

⁴¹ La circolare n. 4001 dell'8 febbraio 2020 che, data l'espansione della diffusione del Covid-19, aggiorna, sulla base del principio di massima precauzione, le indicazioni per la gestione nel settore scolastico degli studenti di ritorno dalle città a rischio della Cina contenute nella precedente ordinanza ministeriale dell'1 febbraio 2020; il provvedimento prevede la sorveglianza attiva quotidiana da parte dei dirigenti scolastici di bambini/studenti rientrati da aree della Cina interessate dall'epidemia, informando il Dipartimento di prevenzione della Azienda sanitaria locale di riferimento, e, se necessario, l'avviamento al percorso sanitario previsto per i casi sospetti; la nota del Ministero della salute del 15 febbraio 2020; la circolare del Ministero della salute n. 5257 del 20 febbraio 2020 recante le indicazioni per la gestione degli atleti che provengono da aree affette dall'epidemia.

d.p.c.m., sentiti i ministri competenti e il presidente della regione interessata, misure anche più restrittive per il contenimento dell'emergenza. Difatti da questo momento in avanti si sussegue una cascata di decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, alcuni dei quali utilizzati a mo' di normazione primaria e tutti fortemente incidenti su diritti e libertà costituzionali⁴².

L'impostazione normativa è costituita dai d.p.c.m. che trovano la loro fonte nel decreto-legge adottato all'inizio dell'epidemia, diversamente da altre precedenti emergenze ove il sistema era composto da decreti-legge seguiti da ordinanze di protezione civile e del commissario straordinario all'uopo nominato⁴³ e con l'esclusione degli organi costituzionali che restano a guardare. Schema inedito che concentra la maggioranza dei poteri in capo al Presidente del Consiglio dei ministri, che si allontana dalla previsione costituzionale di cui al c. 1 dell'art. 95 e che fa a meno della collegialità governativa e del controllo del Presidente della Repubblica⁴⁴. L'ordinanza del Ministero della salute d'intesa con il presidente della regione Lombardia n. 2230 del 21 febbraio 2020 è la prima ordinanza che, alla luce di casi accertati di infezioni da Covid-19 a pazienti ricoverati presso gli ospedali di Codogno e Lodi, dispone, in comuni specificamente indicati⁴⁵, misure sospensive di attività caratterizzate dalla presenza di assembramenti, come manifestazioni pubbliche, comprese le cerimonie religiose, le attività commerciali (eccetto quelle di pubblica utilità e di servizi essenziali) e lavorative, ludiche e sportive, i servizi educativi per l'infanzia e le scuole di ogni ordine e grado, le fermate dei mezzi pubblici, etc., incaricando il prefetto di Lodi all'esecuzione dell'ordinanza.

Poco dopo, l'aggravarsi della situazione epidemiologica comporta l'estensione di alcune misure restrittive a tutto il territorio regionale, anche alla luce del d. l. n. 6 del 2020 citato. Il 23 febbraio è pure la data che segna l'inizio di una molteplicità di d.p.c.m. urgenti recanti misure, in un primo momento limitate alla Lombardia ed al Veneto⁴⁶, poi propagate al nord Italia⁴⁷ e all'allargamento delle zone rosse⁴⁸ per giungere ai d.p.c.m. introduttivi di misure restrittive (talvolta assai severe) diffuse a tutto il territorio nazionale⁴⁹.

Si succedono ulteriori ordinanze di protezione civile. Al di là della seconda OCDPC emanata per questa emergenza (la n. 371 del 5 febbraio riguardante l'istituzione del Comitato tecnico scientifico e la comunicazione del 4 marzo contenente misure operative di protezione civile per la gestione emergenziale⁵⁰), le successive recano

⁴² Prima tra tutte la libertà di circolazione e di espatrio, la libertà di riunione, la libertà di culto, la libertà di manifestazione del pensiero, il diritto alla tutela giurisdizionale (con la sospensione dei processi), la libertà di emigrazione e quella di iniziativa economica, per citarne alcune.

⁴³ Si pensi, per citare solo le emergenze più recenti, alla sequenza sismica di Amatrice, Norcia, Visso del 2016 e alla gestione dell'emergenza fronteggiata a seguito del crollo del viadotto del Polcevera a Genova nel 2018.

⁴⁴ A. LAURO, Urgenza e legalità ai tempi del covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità, in Biodiritto.it, 2, 2020, 3.

⁴⁵ Codogno, Castiglione d'Adda, Casalpusterlengo, Fombio, Maleo, Somaglia, Bertonico, Terranova dei Passerini, Castelgerundo e San Fiorano.

⁴⁶ D.p.c.m. 23 febbraio 2020 attuativo del d. l. 23 febbraio 2020, n. 6. Il 24 febbraio 2020 è emanato il d.m. di sospensione dei termini per l'adempimento degli obblighi tributari a favore dei contribuenti interessati dall'emergenza epidemiologica da Covid-19.

⁴⁷ D.p.c.m. 25 febbraio 2020 contenente ulteriori misure attuative del d. l. n. 6 del 2020.

⁴⁸ D.p.c.m. 1 marzo 2020 ancora attuativo del d. l. n. 6 del 2020.

⁴⁹ Spec. il d.p.c.m. 4 marzo 2020 recante ulteriori misure urgenti sempre attuative del d. l. n. 6 del 2020.

ulteriori interventi urgenti in relazione all'emergenza da diffusione del virus Covid-19⁵¹. Nel contempo, è pubblicato il d.l. 2 marzo 2020, n. 6, recante misure urgenti di sostegno per le famiglie, i lavoratori e le imprese (decaduto ed il cui testo è confluito nel d. l. c.d. cura Italia), e taluni ministeri assumono provvedimenti organizzativi: il Ministero per la pubblica amministrazione, ad esempio, prevede misure incentivanti lo svolgimento di modalità di lavoro flessibili con la circolare n. 1 del 4 marzo; il Ministero dei trasporti, con il comunicato dell'8 marzo, chiarisce le limitazioni sulla movimentazione delle merci specificando anche alcuni punti ai transfrontalieri; il Ministero dell'interno, con la direttiva n. 14606 sempre dell'8 marzo, fa luce sulle misure indicate con il d.p.c.m. dell'8 marzo che amplia la zona rossa e attua le disposizioni di cui al d. l. n. 6 del 2020. Sempre l'8 marzo è emanato il d. l. n. 11 comprensivo di misure straordinarie per contenere gli effetti negativi dell'epidemia sullo svolgimento dell'attività giudiziaria. Anche questo decreto è decaduto per mancata conversione in legge ed il testo è ugualmente confluito nel provvedimento cura Italia. Con il d. 1. 9 marzo 2020, n. 14 sono individuate misure dirette a potenziare il SSN⁵² e con il d.p.c.m. dello stesso giorno (9 marzo) sono disposti interventi urgenti di contenimento del contagio da applicare sull'intero territorio

L'11 marzo, l'OMS dichiara che l'epidemia da Covid-19 can be characterized as a pandemic⁵³, così, con il d.p.c.m. dell'11 marzo 2020 è ordinata la chiusura delle attività commerciali

Il 17 marzo 2020 è emanato il decreto cura Italia n. 18, convertito dalla l. 24 aprile 2020, n. 27. Si tratta di un testo normativo corposo, composto da più di cento articoli, contenente, oltre a misure per il potenziamento del SSN54, interventi a sostegno del lavoro (quali l'estensione delle misure speciali in tema di ammortizzatori sociali validi su tutto il territorio nazionale e norme speciali in materia di riduzione dell'orario di lavoro e di supporto ai lavoratori⁵⁵), misure a sostegno della liquidità⁵⁶ e ulteriori disposizioni in tema di internazionalizzazione (art. 72), per la sospensione dei pagamenti delle utenze (art. 72-bis) e in favore dei beneficiari dei mutui agevolati (art. 72-ter). Con tale decreto è istituito anche un tavolo di crisi per il turismo presso il Mibact, settore che mai prima d'ora aveva subito una così negativa inflessione (art. 72quater) e sono ordinate misure di semplificazione in materia di organi collegiali (art. 73) e per la profilassi e la funzionalità delle forze armate e dei vigili del fuoco (artt. 73-bis, 74-bis e 74-ter), oltre che per il personale impegnato nelle attività di assistenza e soccorso (art. 74-bis). Tra le numerose ulteriori misure, l'art. 122 prevede la nomina, con d.p.c.m., di un commissario straordinario per l'attuazione ed il coordinamento delle misure di contenimento e per il contrasto dell'emergenza. I principali compiti a questi affidati

⁵⁰ La comunicazione è interessante perché nel descrivere la catena di comando e controllo, il flusso delle comunicazioni e le procedure da attivare sulla quale si basa il modello di intervento della protezione civile a livello nazionale, regionale, provinciale e comunale evidenzia il carattere reticolare del proprio operare.

⁵¹ OCDPC n. 631 del 6 febbraio, n. 633 del 12 febbraio, n. 635 del 13 febbraio, n. 637 del 21 febbraio, n. 638 del 22 febbraio, n. 639 del 25 febbraio, n. 640 del 27 febbraio, n. 641 del 28 febbraio, n. 642 e n. 643 del 2 marzo, n. 644 del 4 marzo, n. 645 e n. 646 dell'8 marzo e n. 648 del 9 marzo.

⁵² Anche il d. l. n. 14 del 2020 originario è decaduto ed il testo è confluito nel d. l. cura Italia.

⁵³ OMS, WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 marzo 2020, p. https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020.

⁵⁴ Artt. 1-18-bis.

⁵⁵ Artt. 19-49.

⁵⁶ Artt. 49-59 e artt. 60-71-bis.

AMBIENTEDIRITTO	

consistono nell'attuazione e vigilanza di ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria.

Il 22 marzo 2020 è disposta la chiusura anche delle attività non essenziali, sempre in attuazione delle misure di contenimento dell'emergenza di cui al d. l. n. 6 del 2020.

Il 25 marzo 2020 è pubblicato il d. l. n. 19 convertito con la l. n. 35 del 22 maggio 2020 che, in particolare all'art. 1, c. 2, lett. da a) a hh), elenca un nutrito numero di misure, anche restrittive della libertà personale, che possono essere adottate per periodi predeterminati di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili più volte sino al 31 luglio 2020 (fine dello stato di emergenza se non reiterato) e con possibilità di rimodularne l'applicazione, in aumento o in diminuzione, secondo l'andamento epidemiologico del virus⁵⁷.

Con il d.p.c.m. del 1 aprile sono attuate le misure contenute in detto decreto-legge ed è disposta la chiusura totale delle attività fino al 13 aprile, data prorogata, poi, al 3 maggio con il d.p.c.m. del 10 aprile 2020. Intanto, è pubblicato il *decreto scuola* (d. l. 8 aprile 2020, n. 22) teso alla regolare conclusione e all'ordinato avvio dell'anno scolastico e sullo svolgimento degli esami di Stato. È sempre datato 8 aprile il d. l. n. 23 contenente misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici e per gli interventi in materia di salute e sicurezza sul lavoro e di proroga dei termini amministrativi e processuali. Il 20 aprile, il d. l. n. 26 apporta disposizioni urgenti in materia di consultazioni elettorali per l'anno 2020.

Il 27 aprile 2020 si apre la c.d. "fase due": è pubblicato il d.p.c.m. attuativo e, il 30 aprile, il d. l. n. 28 reca misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19.

Il 10 maggio è emanato il d. l. n. 29 contenente le misure in tema di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria⁵⁸. Lo stesso giorno è pubblicato anche il d. l. n. 30 sulle misure urgenti in materia di studi epidemiologici e statistici sul Covid-19.

Il decreto rilancio n. 34 del 13 maggio 2020 è un testo normativo sostanzioso che introduce misure in materia di salute e sicurezza, sostegno alle imprese e all'economia, tutela dei lavoratori e conciliazione tra lavoro e vita familiare, per la disabilità e la

⁵⁷ Alcune delle misure elencate, giusto per comprenderne la portata, sono: la limitazione della circolazione delle persone, la chiusura al pubblico di strade urbane, parchi, aree da gioco, *etc.*, la limitazione o il divieto di allontanamento e ingresso nei territori comunali, provinciali o regionali, nonché rispetto al territorio nazionale, l'applicazione della misura della quarantena precauzionale a coloro che hanno avuto contatti stretti con casi confermati di *coronavirus* o che entrano nel territorio nazionale da aree ubicate al di fuori del territorio italiano, il divieto assoluto di allontanamento dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena applicata dal sindaco quale autorità sanitaria locale perché positive al virus, la limitazione o sospensione di manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, di eventi e di ogni altra forma di riunione o assembramento in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo, ricreativo e religioso, la sospensione delle cerimonie civili e religiose, *etc*.

⁵⁸ Il decreto si riferisce a persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché a detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-bis della l. 26 luglio 1975, n. 354. Disciplina, infine, colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati.

AMBIENTEDIRITTO	

famiglia, per gli enti territoriali, di incentivo e semplificazione fiscale, per la tutela del credito e del risparmio, per il sostegno al turismo, l'istruzione, la cultura, l'editoria e le edicole, le infrastrutture e i trasporti, lo sport, l'agricoltura e l'istruzione.

Il 17 maggio è pubblicato il d.p.c.m. sulle riaperture, anche attuativo delle disposizioni contenute nei d. l. n. 19 e n. 33 del 2020.

L'11 giugno 2020 inizia la "fase tre": sono disposte misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale, misure per lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive industriali e commerciali, misure di informazione e prevenzione in tutta Italia (accesso ai parchi, regolamentazione delle attività sportive, delle manifestazioni pubbliche, delle sale giochi e delle sale scommesse, degli spettacoli, dei luoghi di culto, dei musei e degli altri istituti e luoghi della cultura, dei servizi educativi e per l'infanzia e le attività didattiche in presenza, delle attività commerciali, dei servizi di ristorazione, degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande e delle attività professionali, degli stabilimenti balneari e delle strutture ricettive) e disposizioni in materia di ingresso all'interno del Paese, di transiti e soggiorni di breve durata, di spostamento da e per l'estero, in materia di navi da crociera e navi di bandiera estera e di trasporto pubblico di linea e misure specifiche aggiuntive in tema di disabilità.

Qualche giorno fa, il *decreto rilancio* di cui al d. l. n. 34 del 2020 è convertito, con modificazioni, dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

Il 29 luglio, da ultimo, il Consiglio dei ministri approva un decreto-legge che introduce misure urgenti connesse con la scadenza della dichiarazione di emergenza anche prorogando, dal 31 luglio al 15 ottobre 2020, le disposizioni contenute nei d.l. n. 19 e 33 del 2020 che consentono di adottare specifiche misure di contenimento dell'epidemia⁵⁹.

4. Tre casi sintomatici di una (debole) collaborazione Stato-regioni.

4.1. Il "caso" Marche.

La situazione che si è verificata nella regione Marche a seguito delle prime misure adottate è sintomatica di problematiche legate alla sempre vivace questione dei rapporti tra Stato e regioni. È, tra l'altro, uno dei primi provvedimenti regionali ad aver dato vita ad un contenzioso amministrativo durante l'emergenza sanitaria; è utile perciò ricostruirne i principali passaggi e riflettere sulle conseguenze prodotte sugli atti nel tentativo di comprendere cosa non ha funzionato.

Cronologicamente, il 25 febbraio 2020, la regione Marche pubblica la prima ordinanza recante misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 in vigore dal giorno successivo fino al 4 marzo 2020. Il fondamento del provvedimento risiede nell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, la giustificazione poggia, invece, sugli atti del Ministero della salute sino a quel momento emanati e sulla prossimità del territorio marchigiano con la regione Emilia-Romagna ove sono rilevati casi confermati di contagio da Covid-19 tali da far ritenere sussistenti

⁵⁹ Come riportato nel Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 59 del 30 luglio, il d.l. prevede, altresì, la cessazione al 31 luglio degli altri termini connessi o correlati alla cessazione dello stato di emergenza, previsti da disposizioni diverse da quelle specificamente richiamate nel decreto, mentre restano in vigore fino all'adozione dei d.p.c.m. ai sensi dell'art. 2, c. 1, del d.l. n. 19 del 2020, e comunque non oltre dieci giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, le disposizioni di cui al d.p.c.m. del 14 luglio 2020 (fonte: www.governo.it).

le condizioni che richiedono l'adozione di provvedimenti immediati a tutela dell'igiene e della salute pubblica, necessari come misure precauzionali al fine di ridurre la possibilità di contagio.

Con il provvedimento, il Presidente della regione ordina la sospensione di manifestazioni pubbliche, di servizi per l'infanzia, di scuole, di attività scolastiche universitarie, di alta formazione (escluse quelle a distanza), di ogni viaggio di istruzione sia sul territorio nazionale che estero, dell'apertura al pubblico di musei e di altri istituti e luoghi della cultura e delle biblioteche e dei concorsi pubblici (tranne quelli relativi alle professioni sanitarie per i quali devono essere garantite le opportune misure igieniche). Con lo stesso provvedimento dispone l'applicazione delle misure della circolare ministeriale n. 5543 del 22 febbraio 2020 su tutto il territorio regionale e il Gores⁶⁰, già attivato, prosegue nelle azioni di coordinamento e supervisione elencate; predispone la disinfezione giornaliera dei treni regionali e di tutto il trasporto pubblico locale via terra, via aerea e via acqua da parte degli organismi competenti; è costituita una Cabina di regia con obiettivi di coordinamento e si prevede l'obbligo di comunicazione al dipartimento di prevenzione dell'Azienda sanitaria territorialmente competente per coloro che, nei precedenti quattordici giorni, abbiano fatto ingresso nella regione Marche da aree oggetto di provvedimenti restrittivi da parte delle autorità sanitarie delle regioni di pertinenza, da aree della Cina interessate dalla pandemia o da altre aree del mondo di conclamato contagio, affinché l'autorità sanitaria competente provveda alla misura della permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva o a misure alternative di efficacia equivalente. L'ordinanza termina con la raccomandazione alla cittadinanza di adottare precise misure igieniche.

Avverso il provvedimento ordinatorio, la Presidenza del Consiglio dei ministri propone ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, avanti al Presidente del TAR Marche. Con il decreto presidenziale n. 118 del 27 febbraio 2020, il Tribunale regionale marchigiano accoglie l'istanza cautelare, sospendendo gli effetti del provvedimento impugnato sulla base del fatto che il d. l. n. 6 del 2020 prevede l'assunzione di misure pesantemente incidenti su diritti e libertà costituzionali solo al ricorrere di presupposti tassativi (art. 1, c. 161), cosa alla quale la regione Marche non aveva proceduto a fare (positività di almeno una persona nella zona). Al momento dell'emissione del provvedimento, difatti, non sussistono nella regione casi accertati di contagio e, pertanto, il presupposto della prossimità con la regione Emilia-Romagna non è ritenuto dal giudice amministrativo ammissibile. Questi specifica anche che il richiamo della difesa regionale alla possibilità di adottare misure «ulteriori», come consentito dall'art. 2 del d. l. n. 6 del 2020, dev'essere interpretato nel senso di interventi che conducano ad un minore sacrificio delle libertà individuali rispetto a quelle già previste dall'art. 1 del decreto citato. Nel decreto presidenziale, tuttavia, è precisato che

⁶⁰ Il GORES, Gruppo Operativo Regionale per le Emergenze Sanitarie, è un tavolo tecnico da tempo costituito in modo strutturale dalla regione Marche per dare risposte tempestive alle emergenze sanitarie, tramite l'interfaccia tra operatori sanitari esperti e protezione civile regionale (fonte: www.regione.marche.it).

⁶¹ Come osservato, in tal modo «si è consentita un'abnorme espansione della discrezionalità amministrativa, perché il potere conferito dalla fonte primaria è risultato caratterizzato da un'indeterminatezza pressoché assoluta, con la conseguenza – stigmatizzata da tempo dalla giurisprudenza costituzionale [sent. n. 115 del 2011] – «di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione»: M. BETZU, P. CIARLO, *Epidemia e differenziazione territoriale*, in *Biodiritto.it*, 1, 2020, 202.

AMBIEN	TEDIRITT(

«al mutare della situazione di fatto, consegua la possibilità, per il Governo e per la Regione, di emettere i provvedimenti consentiti dal cit. d. l. n. 6 del 2020»⁶².

Successivamente, come prospettato dal giudice, muta la situazione di fatto: la propagazione del virus evolve e l'epidemia assume un carattere particolarmente diffusivo tale da portare un rapido incremento di casi sul territorio anche della regione Marche⁶³. Si rende necessario, così, realizzare una compiuta azione di prevenzione e si impone l'assunzione immediata di misure di contenimento e di gestione dell'evolversi della situazione. Alla luce della propria precedente ordinanza, del decreto presidenziale del TAR Marche pocanzi richiamato, della possibilità riconosciuta alle regioni dall'art. 32 della l. n. 833 del 1978 e delle condizioni di eccezionalità e urgenza da fronteggiare con mezzi idonei ad evitare un grave ed imminente pregiudizio alla salute della collettività marchigiana, sono ordinate misure restrittive delle libertà comprensive, ma ulteriori, di quelle già indicate.

Segue la pubblicazione di una nuova ordinanza, la n. 3 del 3 marzo 2020, sempre contenente misure urgenti per il contenimento e la gestione dell'emergenza epidemiologica emanata alla luce dell'aumento dei contagi.

A questa si succedono una serie di numerosi provvedimenti regionali⁶⁴ che si intersecano con quelli dettati dal Governo per le tre fasi⁶⁵.

Due considerazioni, fortemente interconnesse, meritano di essere rilevate alla luce di quanto appena descritto: la prima riguarda le modalità con cui i fatti sono accaduti, la seconda concerne la debole applicazione del principio di leale collaborazione⁶⁶, circostanza che ha dato luogo allo scontro istituzionale.

65 D.p.c.m. dell'8, del 9, dell'11 e del 22 marzo, dell'1 e del 10 aprile per la fase uno; d.p.c.m. 26 aprile e 17 maggio del 2020 per la fase due; d.p.c.m. dell'11 giugno per la fase tre.

⁶² Aggiunge, altresì, che l'eventuale differente trattamento riservato dal Governo – in condizioni asseritamente eguali a quelle della regione Marche – alla Liguria ha valenza politica ma non giuridica e non può comunque giustifica *ex se* l'esercizio del potere. L'udienza di discussione del merito è stata fissata a gennaio 2021.

⁶³ Il 25 febbraio 2020 si verifica il primo caso positivo da malattia infettiva Covid-19 nella provincia di Pesaro-Urbino, altri due casi si verificano il giorno successivo e tre casi il 27 dello stesso mese; novantaquattro persone sono messe in isolamento domiciliare.

⁶⁴ Ordinanza n. 4 del 10 marzo 2020, circolare esplicativa dell'ordinanza n. 4, circolare del 10 marzo 2020 esplicativa del d.p.c.m. del 9 marzo; ordinanza n. 5 del 10 marzo 2020, ordinanza n. 6 del 10 marzo 2020, ordinanza n.7 del 12 marzo 2020, ordinanza n.8 del 13 marzo 2020, ordinanza n.9 del 17 marzo 2020, ordinanza n.10 del 19 marzo 2020, ordinanza n.11 del 20 marzo 2020, ordinanza n.12 del 20 marzo 2020, ordinanza n.13 del 21 marzo 2020, ordinanza n.14 del 25 marzo 2020, ordinanza n.15 del 25 marzo 2020, ordinanza n.16 del 26 marzo 2020, ordinanza n.17 del 1 aprile 2020, ordinanza n.18 del 2 aprile 2020, ordinanza n.19 del 3 aprile, ordinanza n.20 del 3 aprile 2020, ordinanza n.21 del 3 aprile, ordinanza n.22 del 10 aprile, decreto presidenziale del 16 aprile 2020 (emessi duranti la prima fase), ordinanza n. 23 del 24 aprile, decreto presidenziale n. 126 del 26 aprile 2020, ordinanza n. 24 del 28 aprile 2020, ordinanza n. 25 de 28 aprile 2020, decreto presidenziale n.142 del 30 aprile 2020, ordinanza n. 26 del 30 aprile, ordinanza n. 27 del 30 aprile, decreto presidenziale n. 145 del 4 maggio, ordinanza n. 28 del 4 maggio 2020, ordinanza n. 29 del 5 maggio 2020, decreto presidenziale n. 146 del 5 maggio 2020, decreto presidenziale n. 147 del 6 maggio 2020, decreto presidenziale n. 148 del 9 maggio, delibera di Giunta regionale n. 566 dell'11 maggio 2020 e Protocollo e Aggiornamento, delibera di Giunta regionale n. 565 dell'11 maggio 2020 e Protocollo e Aggiornamento, delibera di Giunta regionale n. 564 dell'11 maggio 2020 e Protocollo e Aggiornamento, ordinanza n. 30 del 14 maggio 2020, decreto presidenziale n. 151 del 15 maggio 2020, decreto n. 152 del 15 maggio, decreto n. 153 del 16 maggio, decreto n. 154 e n. 155 del 16 maggio, decreto n. 156 e n. 157 del 18 maggio, decreti n. 158, n. 159 e n. 160 del 20 maggio, decreto n. 162 del 22 maggio, ordinanza n. 31 del 26 maggio, decreto presidenziale n. 181 del 26 maggio, decreto presidenziale n. 184 del 29 maggio, decreto presidenziale n. 186 del 29 maggio 2020, decreto presidenziale n. 187 del 30 maggio (emessi durante la seconda fase), decreti presidenziali n. 188 del 5 giugno, n. 192 dell'11 giugno, n. 193 (e Allegato 1) del 12 giugno, n. 194 del 12 giugno 2020, n. 195 del 12 giugno 2020 (emessi durante la terza fase).

А	MBIENTEDIRITTO

In riferimento alla prima, preme evidenziare come il *modus operandi* del Presidente marchigiano sia stato alquanto anomalo e sintomatico di un problema di intercomunicazione importante: questi, prima, annuncia alla stampa la propria volontà di adottare un provvedimento ordinatorio recante misure analoghe a quelle già emesse da altre regioni nei quali si sono registrati casi di contagio; alla dichiarazione segue una telefonata con il Presidente del Consiglio dei ministri che lo invita a posticipare l'assunzione delle misure alla riunione per il coordinamento delle operazioni tra governo centrale ed enti regionali. All'incontro, tuttavia, il Presidente della regione Marche non paventa la propria intenzione (quelle cioè di emanare comunque il provvedimento), salvo poi assumere successivamente quell'ordinanza che il Presidente del Consiglio dei ministri ha impugnato per il mancato rispetto dell'accordo poco prima raggiunto.

Per quanto concerne la seconda considerazione, come è stato osservato, pare che il legislatore abbia voluto introdurre una «clausola residuale» che garantisca una certa flessibilità alle autorità competenti sia in relazione alle misure da adottare, sia per l'ambito applicativo, sebbene con una scrittura della norma non proprio felicissima e perciò foriera di dubbi interpretativi, oltre che affidando il coordinamento Stato-regioni al mero parere espresso dai Presidenti o dal Presidente della Conferenza⁶⁷.

Lo strumento del parere, pur rendendo più agile rispetto ad altre soluzioni il coinvolgimento dei governi locali, caratterizza la debolezza dei rapporti di cooperazione tra i diversi livelli di governo, come in questo caso evidenziato. La condotta della regione Marche, ad ogni modo, dimostra una violazione del principio di leale collaborazione proprio alla luce delle modalità di assunzione, sebbene i presupposti dell'art. 2, data la loro genericità, diano adito a differenti interpretazioni ed inducano ad un ampliamento dei poteri delle autorità locali, nonostante la diversa *ratio* perseguita.

Dato il mutamento della situazione di fatto, i successivi provvedimenti si adeguano alle prescrizioni dell'ordinanza del TAR Marche. Anche la seconda ordinanza marchigiana, peraltro, non si discosta dalla linea della precedente perché resta un'iniziativa unilaterale della regione, che si limita ad emendare i principali problemi di legittimità del primo provvedimento come evidenziati dal giudice amministrativo, specificando, invece, che altre regioni⁶⁸ hanno assunto una posizione maggiormente collaborativa cercando una intesa sulle ordinanze adottate nei rispettivi territori, almeno con il Ministro della salute⁶⁹. Non può non segnalarsi, tuttavia, come la condotta della regione Marche si sia dimostrata assai lungimirante: di lì a poco, le chiusure e le limitazioni alle libertà sarebbero state estese, in via ben più restrittiva, a tutto il territorio nazionale.

⁶⁶ Sul principio di leale collaborazione la dottrina è sterminata. Si consenta, in questa sede, di indicare solo le voci di Q. CAMERLENGO, *Leale collaborazione (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 2015, Torino, 241 ss.; S. MANGIAMELI, *Leale collaborazione (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVI, 2008, Roma.

⁶⁷ G. DI COSIMO, G. MENEGUS, *La gestione dell'emergenza* coronavirus *tra Stato e regioni: alla ricerca della reale collaborazione*, in *Biodiritto.it*, 1, 2020, 188, richiamano il parere del 25-2-2020 della Commissione Affari costituzionali della Camera nella parte in cui segnala l'opportunità di specificare se l'art. 2 si riferisca a misure ulteriori rispetto all'ambito territoriale, a misure ulteriori nel senso di diverse rispetto a quelle elencate al secondo c. dell'art. 1 oppure ad entrambe le ipotesi.

⁶⁸ La Liguria, ad es., con l'ordinanza del 23 marzo ha mostrato una linea più collaborativa; il Lazio, invece, ha adottato l'ordinanza del 26 febbraio senza l'intesa con il Governo, ma i presupposti e i contenuti sono del tutto non paragonabili a quelli dei provvedimenti marchigiani.

⁶⁹ G. DI COSIMO, G. MENEGUS, La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e regioni, cit., 6.

AMBIENTEDIRITTO

La vicenda è sintomo delle disfunzioni del principio di leale collaborazione tra i diversi livelli di governo, in particolare, tra governo centrale e governo regionale, spesso afferenti a correnti politiche diverse. Il principio costituzionale di cui all'art. 5, che riconosce più livelli di amministrazione, dev'essere letto in combinato disposto con gli artt. 117 e 11870, sebbene la maggior parte delle funzioni amministrative ancora oggi resta allo Stato sulla base del presupposto per cui le esigenze di esercizio unitario prevalgono su quelle di sussidiarietà (declinata sia a livello verticale, sia a livello orizzontale) e differenziazione. La ratio del principio va ricondotta alla migliore cooperazione, in tal caso, tra le istituzioni, in un'ottica collaborativa tra Stato ed enti territoriali. Rientrano in queste ipotesi le funzioni, tradizionalmente collegate all'esercizio della sovranità, di difesa, di ordine pubblico e dell'amministrazione della giustizia⁷¹.

A questi fini, l'art. 8 della l. 15 marzo 1997, n. 59, ha abrogato l'art. 2, c. 3, lett. d) della l. n. 400 del 1988, con conseguente potere di adottare gli atti di indirizzo e di coordinamento alle singole amministrazioni statali previo assenso della Conferenza permanente Stato-regioni⁷², sede di concertazione delle politiche in materia di autonomia e attuative del regionalismo cooperativo e del principio di leale collaborazione fra Stato e regioni.

Oggi la disposizione stabilisce che gli atti di indirizzo e controllo siano adottati previa intesa con la Conferenza permanente Stato-regioni o con la singola regione interessata e che solamente in casi di urgenza il Consiglio dei ministri può provvedere senza l'osservanza di tali procedure pur dovendo tenere in considerazione eventuali pareri negativi espressi, in un secondo momento, dalla Conferenza e dalla Commissione parlamentare per le questioni regionali e riesaminare i provvedimenti adottati.

L'ordinamento prevede, in ultimo, un altro tipo di collaborazione, quella nell'ambito di sistemi a rete, come accade nel campo della protezione civile, accentuato con l'ultima novella in materia. In questo contesto, allo Stato spettano compiti di coordinamento e supplenza rispetto all'intervento in via ordinaria di regioni ed enti locali. Stato e amministrazioni statali sono tenuti a garantire il corretto funzionamento del sistema delle autonomie ed il rispetto dei diritti dei cittadini⁷³.

⁷⁰ Tra l'altro, l'art. 118 Cost., prevede che possano essere disciplinate forme di coordinamento tra Stato e regioni in talune materie (quelle di cui all'art.117 c. 2 lett. b) ed h), nonché forme di intesa e coordinamento nella tutela dei

⁷¹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2020, 124.

⁷² L'art. 8, c. 5, lett. c), è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con la pronuncia n. 408 del 1998 perché gli atti di indirizzo e controllo sono atti governativi a collegialità necessaria. Già la sentenza n. 343 del 1991 della Corte costituzionale aveva attribuito alla regione funzioni di impulso e coordinamento delle autonomie locali. In dottrina, specificamente E. CATELANI, Centralità della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome durante l'emergenza Covid-19? Più forma che sostanza, in Osservatoriosullefonti.it, 2, 2020, 501.

⁷³ G. NAPOLITANO, La logica del diritto amministrativo, cit., 124.

AMBIENTEDIRITTO	

4.2. Il parere del Consiglio di Stato sull'ordinanza del sindaco di Messina e l'annullamento straordinario ex art. 138 T.U.EE.LL.

Con il parere n. 735 del 7 aprile 2020⁷⁴, il Consiglio di Stato si inserisce nei rapporti Stato-regioni annullando in via straordinaria le restrizioni all'ingresso in Sicilia imposte con l'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 del sindaco di Messina⁷⁵.

Il provvedimento del sindaco siciliano impone a «chiunque intenda far ingresso in Sicilia attraverso il Porto di Messina, sia che viaggi a piedi, sia che viaggi a bordo di un qualsiasi mezzo di trasporto», l'obbligo di registrarsi, almeno quarantotto ore prima partenza, nel sistema online disponibile sul sito (www.sipassaacondizione.comune.messina.it), inserendo dati e informazioni personali. Alla registrazione segue, eventualmente, il nullaosta comunale all'ingresso e allo spostamento nella regione siciliana. L'ordinanza avrebbe dovuto avere efficacia dalle ore 00.01 dell'8 sino al 13 aprile 2020 sebbene già il 7 aprile la Presidenza del Consiglio dei ministri avanza al Consiglio di Stato in sede consultiva la richiesta di parere in merito alla proposta di annullamento straordinario⁷⁶ della stessa, secondo il procedimento di cui all'art. 138 del T.U.EE.LL.77, giustificato dalla situazione di emergenza sanitaria. In particolare, il Ministero dell'interno rileva che il d.l. n. 19 del 2020 delinea il regime delle competenze, accentrando a livello statale «il potere di regolamentare gli interventi e le misure di contenimento, in special modo per quanto

⁷⁴ Avente ad oggetto: "Ordinanza del sindaco di Messina n. 105 del 5 aprile 2020. Annullamento straordinario *ex* art. 138 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Richiesta di parere".

⁷⁵ "Ordinanza contingibile e urgente *ex* art. 50 D. Lgs. 267/2000. Misure urgenti per l'attuazione dei D.P.C.M. 8/3/2020, D.P.C.M. 9/3/2020 e D.P.C.M. 11/3/2020. Attraversamento dello Stretto di Messina attivazione del sistema di prenotazione online www.sipassaacondizione.comune.messina.it. Revoca Ordinanza Sindacale n. 80 del 26 marzo 2020 e disciplina utilizzo banca dati finalizzata alla verifica delle condizioni per l'attraversamento dello Stretto".

⁷⁶ L'annullamento è richiesto oltre che per molteplici profili di illegittimità anche per la tutela del ruolo dello Stato come garante dell'unità dell'ordinamento vista l'esigenza di salvaguardare una situazione di crisi epidemiologica.

⁷⁷ L'art. 138 T.U.EE.LL., rubricato "annullamento straordinario", in applicazione dell'art. 2, c. 3, lett. p), della l. n. 400 del 1988, n. 400, consente al Governo, al fine di tutelare l'unità dell'ordinamento, di annullare in qualunque tempo d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità. Tale annullamento avviene con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno. Si tratta di un potere di annullamento residuo della monarchia che, come altri istituti del diritto amministrativo, è sopravvissuto alla democrazia non senza portare scompiglio a livello costituzionale (art. 114 r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839; art. 6 r.d. 3 marzo 1934, n. 383). Ai sensi di tale disposizione, possono essere in via straordinaria annullati, in qualunque tempo, provvedimenti amministrativi degli enti locali in caso di sussistenza di un interesse pubblico ulteriore a tutela dell'unità dell'ordinamento giuridico. In argomento, in dottrina, anche criticamente, L. BRUNETTI, Considerazioni sul potere di annullamento di cui all'art. 138 TUEL e sulla riconducibilità all'art. 120, comma 2 Cost., in Dir. Amm., 2006, 721; V. CERULLI IRELLI, Commento all'art. 8, in AA.VV., La legge "La Loggia", Rimini, 2003, 179; R. Cameli, Poteri sostitutivi del Governo e autonomia costituzionale degli Enti territoriali, in Giur. cost., 2004, 3402; A. PERTICI, Art. 138 TUEL, in C. NAPOLI, N. PIGNATELLI (a cura di), Codice degli Enti locali, Roma, 2019, 774 ss.; ID., Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale, Torino, 2008; F. PINTO, Diritto degli Enti locali, Torino, 2003, 387; L. SAMBUCCI, Annullamento governativo degli atti degli Enti locali e sistema costituzionale delle autonomie, in www.contabilitàpubblica.it, 2012, 11 ss.; G. VESPERINI, Gli Enti locali, Roma, Bari, 2004, 103; in giurisprudenza i pareri Cons. St., I, n.ri 1588/2010, 1675/2009, 1796/2008, 1707/2007, 2848/2007, 4145/2006, 1481/2006, 551/2006, 9771/2005, 1313/2003; Cons. St., Ad. Pl., n. 30/1968; Cons. St., IV, 23.4.1969 n. 133; Cons. St., sez. V, 22.11.1974, n. 552; Corte cost. n. 24/1957; Corte cost. nn. 73, 74/1960, Corte cost. n. 23/1959; Corte cost. n. 4/1966; Corte cost. n. 23/1959; 128/1963; n. 229/1989. Questo annullamento straordinario del Capo dello Stato ha l'elemento finalistico della tutela dell'unità dell'ordinamento da assicurarsi mediante l'esercizio di poteri straordinari di alta amministrazione rispecchiando le finalità di unità della Repubblica anche nel merito.

riguarda le prescrizioni che incidono su diritti anche di rango costituzionale, in relazione alle quali l'ordinamento ha, quindi, stabilito una clausola di salvaguardia generale⁷⁸ a tutela dell'unità dell'ordinamento della Repubblica». La *ratio* della norma risiede sia nella gravità e dimensione nazionale dell'emergenza, sia nella necessità di contemperare l'esigenza di assicurare a regioni e comuni adeguati ambiti funzionali volti a consentire mirati interventi sui territori di competenza, rispetto alla locale evoluzione del rischio epidemiologico; la finalità è la salvaguardia del ruolo dello Stato quale garante dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali di cui all'art. 117, c. 2, lett. m) Cost. Nella ricostruzione operata dal Ministero, i comuni possono intervenire esclusivamente attraverso ordinanze all'interno e conformemente alla cornice delineata dai provvedimenti statali ovvero da quelli regionali, questi ultimi nei limiti specificati dalla disposizione di legge richiamata. Anche per tali ragioni l'ordinanza del sindaco messinese sarebbe illegittima ed esorbiterebbe dal potere provvedimentale attribuito dall'art. 50 del T.U.EE.LL., invadendo settori che la Costituzione assegna alla potestà legislativa statale esclusiva.

Riunendosi in videoconferenza, la I sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'annullamento straordinario dell'ordinanza del sindaco di Messina e, di conseguenza, il Consiglio dei ministri ha, il 9 aprile, deliberato l'annullamento dell'ordinanza; il Presidente della Repubblica, con decreto controfirmato dal Ministro dell'interno proponente, ha annullato l'ordinanza comunale recependo integralmente le motivazioni del parere.

In quell'occasione, il Consiglio di Stato ha rilevato numerosi vizi di legittimità dell'ordinanza: oltre a quello di competenza territoriale, poiché il provvedimento produce effetti anche al di là del territorio del comune di Messina, esso viola gli artt. 3⁷⁹, 13 e 16⁸⁰, 23⁸¹, 117, c. 2, lett. q)⁸², Cost., oltre all'art. 3 del d.l. n. 19 del 2020⁸³, il d.p.c.m. 22 marzo 2020 e il d.m. 17 marzo 2020⁸⁴.

Il Consiglio di Stato, lapidariamente, ha anche evidenziato che, nel caso di emergenze di carattere nazionale, occorre rispettare le autonomie costituzionalmente tutelate e vi deve essere una gestione omogenea della crisi poiché l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, pur nel pluralismo autonomistico che caratterizza la Repubblica, costituisce la precondizione dell'ordine e della razionalità del sistema, in relazione ai fondamentali principi di solidarietà e di uguaglianza, formale e sostanziale, che ne rappresentano le basi fondative generali. Ciò al fine di evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza, soprattutto in casi in cui non si tratti solo di erogare aiuti o effettuare interventi, ma anche di limitare le libertà costituzionali⁸⁵.

⁷⁸ Clausola già, peraltro, introdotta dall'art. 35 del d.l. n. 9 del 2020.

⁷⁹ L'art. 3 Cost. reca il principio di uguaglianza nella doppia veste formale e sostanziale; in tal caso, l'ordinanza sindacale messinese tratta con disparità i cittadini che devono attraversare lo stretto di Messina rispetto a tutti gli altri.

⁸⁰ La violazione degli artt. 13 e 16 Cost. emerge in quella parte dell'ordinanza che, in mancanza dei presupposti costituzionali, limita la libertà personale e la libertà di circolazione

⁸¹ Poiché impone prestazione non previste dalla legge.

⁸² La lett. q) attribuisce alla competenza legislativa esclusiva statale la materia "profilassi internazionale". Così facendo, il sindaco di Messina invade la competenza legislativa statale in detta materia.

⁸³ L'art. 3 del d.l. n. 19 delinea e limita il potere di ordinanza del comune.

⁸⁴ Sono violati questi decreti in riferimento a peculiari profili relativi alla disciplina emergenziale.

⁸⁵ Il Consiglio di Stato, data l'urgenza di provvedere alla tempestiva rimozione del provvedimento, ha ritenuto, altresì, non necessaria la partecipazione del Comune di Messina al procedimento amministrativo.

AMBIENTEDIRITTO	

Il procedimento è interessante anche per la celere durata. È terminato molto velocemente e con somma incisività, senz'altro se paragonato ai tempi entro i quali ciascun cittadino avrebbe potuto ottenere un provvedimento cautelare monocratico innanzi al giudice amministrativo in sede giurisdizionale; la procedura *ex* art. 138 T.U.EE.LL. ha così mostrando l'efficacia di un procedimento relativo all'esercizio di un potere di annullamento straordinario in un sistema costituzionale pluralistico delle autonomie territoriali che pareva essere perso, ma che la pandemia ha fatto rivivere⁸⁶.

4.3. Il "caso" Calabria.

Anche quanto accaduto nel maggio scorso in Calabria è interessante per riflettere sul rapporto tra gli enti locali in circostanze emergenziali e sugli effetti che l'esercizio del potere regionale ha prodotto sui relativi atti. Nel giudizio sono intervenute altre amministrazioni⁸⁷, evidenziando uno scontro più politico che giuridico⁸⁸.

Il tutto ha inizio con la pubblicazione dell'ordinanza del Presidente della regione Calabria n. 37 del 29 aprile 2020, adottata ai sensi dell'art. 32, c. 3, l. n. 833 del 1978, in materia di attività di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande, attività sportive e amatoriali individuali e spostamenti delle persone fisiche nel territorio regionale. Con il provvedimento, il Presidente calabrese consente, tra l'altro, la ripresa delle attività di bar, pasticcerie, ristoranti, pizzerie, agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto (punto 6 dell'ordinanza) purché riattivate presso gli esercizi che rispettano le misure minime "anti-contagio" allegate al provvedimento e ferma restando la normativa di settore (punto 7 dell'ordinanza).

Avverso l'ordinanza la Presidenza del Consiglio dei ministri propone ricorso al TAR Catanzaro chiedendo l'annullamento proprio della parte in cui ha disposto, sin dalla data di adozione dell'ordinanza, di consentire, nel territorio regionale, la ripresa dell'attività di ristorazione, non solo con consegna a domicilio e con asporto, ma anche mediante servizio al tavolo, purché all'aperto e nel rispetto di determinate precauzioni di carattere igienico sanitario, poiché violerebbe gli artt. 2, c. 189, e 3, c. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e sarebbe stata emanata in carenza di potere per incompetenza assoluta trattandosi di emergenza sanitaria a carattere nazionale. La ristorazione con servizio al tavolo non sarebbe difatti consentita dalla normativa emergenziale la quale prevede che le regioni possano adottare misure di efficacia locale nell'ambito delle attività di loro competenza e senza incidere sulle attività produttive e su quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale, sebbene in subordine a tre condizioni: che si tratti di

⁸⁶ N. PIGNATELLI, Il potere di annullamento straordinario ex art. 138 TUEL di un'ordinanza comunale: il Covid-19 non "chiude" lo stretto di Messina, in giustizia-amministrativa.it, 14 aprile 2020, 2 e 7, secondo il quale l'art. 138 T.U.EE.LL. costituirebbe una specie di procedimentalizzazione del secondo comma dell'art. 120 Cost. nella dimensione dell'esercizio del potere.

⁸⁷ Si è costituito, *ad adiuvandum*, il Comune di Reggio Calabria, mentre si sono costituiti *ad opponendum* il Comune di Amendolara ed il Comune di Tropea e, poco dopo, il CODACONS - Coordinamento delle associazioni e dei comitati di tutela dell'ambiente e dei diritti degli utenti e dei consumatori - e, in pretesa applicazione dell'art. 28, c. 1 c.p.a., alcuni operatori del settore della ristorazione.

⁸⁸ R. BIN, Se la nostra salute è minacciata da uno spot politico, in laCostituzione.info, 9 maggio 2020, p. www.lacostituzione.info/index.php/2020/05/09/se-la-nostra-salute-e-minacciata-da-uno-spot-politico/.

⁸⁹ La previsione attribuisce la competenza ad adottare le misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19 e le ulteriori misure di gestione dell'emergenza al Presidente del Consiglio dei ministri, che provvede con propri decreti previo adempimento degli oneri di consultazione specificati.

AMBIENTEDIRITTO	

interventi destinati ad operare nelle more dell'adozione di un nuovo d.p.c.m., che si tratti di interventi giustificati da «situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario» proprie della regione interessata e che si tratti di misure «ulteriormente restrittive» delle attività sociali e produttive esercitabili nella regione. Mancherebbe, altresì, un'adeguata motivazione e non si comprende quali condizioni abbiano giustificato, nel solo territorio calabrese, l'abbandono del principio di precauzione; si ritiene, altresì, violato il principio di leale collaborazione per emissione del provvedimento in assenza di qualunque interlocuzione con il Governo.

Sulla legittimità o meno del punto 6 dell'ordinanza regionale si è espresso il Giudice amministrativo calabrese con la sentenza n. 841 del 2020⁹⁰, preliminarmente giudicando sulle questioni pregiudiziali e preliminari tra le quali quella di giurisdizione⁹¹.

Passando all'esame delle ragioni di merito, il TAR ha anzitutto specificato la propria natura di giudice naturale della funzione pubblica meramente tecnica perché tesa a verificare la conformità del provvedimento impugnato nella parte in cui prevede la possibilità di svolgere, per il periodo intercorrente tra il 4 e il 17 maggio 2020, l'attività di ristorazione con servizio al tavolo, che, ai sensi dell'art. 41 Cost., non deve recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Il Collegio amministrativo ribadisce che dev'essere la legge a predeterminare il contenuto della restrizione alla libertà di iniziativa economica, demandando ad un atto amministrativo la commisurazione dell'estensione di tale limitazione e che il d.p.c.m. non è un atto a carattere normativo, bensì un atto amministrativo generale. Sulla base di queste e altre argomentazioni, il TAR dichiara illegittima l'ordinanza calabrese poiché spetta al Presidente del Consiglio dei ministri individuare le misure necessarie al contrasto del virus Covid-19, mentre le regioni possono intervenire solamente nei limiti indicati al c. 1 dell'art. 2 del d.l. n. 19 del 2020; né l'ordinanza trova fondamento nell'art. 32 della l. n. 833 del 1978. Tra l'altro, il rischio epidemiologico dipende non soltanto dalla capacità di replicazione del virus, ma anche dalla resistenza del sistema sanitario regionale e dall'incidenza che sulla diffusione del virus producono le misure di contenimento man mano adottate e gradualmente rimosse in virtù (appunto) del principio di precauzione.

Al principio di leale collaborazione il Collegio dedica l'ultima parte della sentenza che evidenzia come la sua assenza sia sintomatica del vizio dell'eccesso di potere; nessun coordinamento precedente con il Governo è stato attuato, anzi, è assente posto che il contenuto dell'ordinanza viola il d.p.c.m. del 26 aprile 2020.

5. Brevi note conclusive: un'emergenza, venti regioni, centinaia di atti, migliaia di misure (diverse). Si poteva fare di meglio?

All'inizio del 2020 il Covid-19 pare riguardare solo la Cina. In Italia sino a febbraio non sono disposte misure drastiche per evitarne immediatamente la diffusione. Poche settimane dopo dilagano i contagi e la situazione della rete ospedaliera è critica; le autorità locali si adoperano con misure più restrittive e con tempistiche più celeri rispetto a quelle governative sfruttando il potere di ordinanza riconosciuto loro dall'art.

⁹⁰ TAR Catanzaro, I, 9 maggio 2020, n. 841.

⁹¹ L'ultimo capoverso del punto 10.2 della sentenza, infatti, stabilisce che «l'atto è giustiziabile d'innanzi al giudice della funzione pubblica, giacché questo giudice non è chiamato a regolare il conflitto sulle attribuzioni costituzionali tra gli Enti coinvolti nella controversia, ma solo a valutare la legittimità, secondo i parametri legislativi indicati nei motivi di ricorso, dell'atto impugnato».

32 l. n. 833 del 1978. Il risultato: divieti locali più stringenti delle misure nazionali, adottate per lo più attraverso d.p.c.m. urgenti, e ricorsi amministrativi. D.p.c.m. che, tuttavia, devono essere assunti sentite le regioni le quali, se in disaccordo, possono condurre a paralisi decisionali, assolutamente da scongiurare in situazioni emergenziali.

Solo nel pieno della crisi, l'art. 3, c. 1, del d.l. n. 19 del 25 marzo 2020 stabilisce la prevalenza dei d.p.c.m., sebbene le regioni possano assumere decisioni più restrittive in caso di «situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso», sempre restando nell'ambito delle «attività di loro competenza e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale». Per quanto riguarda i sindaci, invece, il c. 2 della medesima disposizione stabilisce che questi non possano «adottare, a pena di inefficacia, ordinanze contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali, né eccedendo i limiti di oggetto di cui al comma 1». La previsione, ciononostante, non è sufficiente a placare i contrasti tra governo centrale e periferie.

Nel momento iniziale dell'emergenza, manca una visione unitaria della gestione emergenziale e le regole sono poco chiare anche quando ancora non emergono contrasti tra Stato, regioni e comuni, creando incertezze in capo a cittadini e operatori. Anche per la gestione dello stato di emergenza è evidenziata una «non-coordinazione tra centro e periferia» ⁹² tesa a giustificare un approccio di gestione unidirezionale dell'epidemia.

A queste problematiche si somma una (costante) cattiva tecnica legislativa di scrittura, in particolare, dell'art. 2 che, ad esempio, ha consentito alla regione Marche di svincolarsi dal quadro normativo dettato dal d.l. n. 6 del 2020. Sarebbe stato più opportuno (forse) definire i presupposti e i limiti per adottare "ulteriori misure" anche attraverso singole iniziative regionali d'urgenza e sperimentando qualche forma di collaborazione preventiva con lo Stato, quantomeno nella forma minima della consultazione⁹³. Nonostante le molteplici interpretazioni, pure attraverso le c.d. f.a.q.⁹⁴, cioè le risposte ai quesiti più frequenti riportate nei siti web governativi, la chiarezza ha vacillato.

In riferimento alle misure adottate sono mancate adeguatezza e proporzionalità rispetto all'effettivo territorio in cui avrebbero prodotto effetti. Ferma la necessaria unitarietà della gestione emergenziale, indispensabile per accadimenti di tal portata, si sarebbe dovuta rendere più effettiva la differenziazione tra le regioni (o, ancora meglio, tra le aree vaste), mettendo in relazione (questo sì a livello statale) i dati relativi al numero dei contagi, al potenziale rischio di diffusione e al livello di organizzazione sanitaria di risposta. Tutti elementi (che dovrebbero essere) ben noti agli amministratori locali e che, probabilmente, avrebbero, contemporaneamente, gestito efficacemente la crisi e sacrificato al minimo le libertà di ciascuno, applicando opportunamente il principio costituzionale della sussidiarietà e con riduzione dei danni economici e sociali.

La forte difficoltà di coordinamento nella gestione emergenziale, probabilmente dovuta alla mancanza di interdipendenza soggettiva, di leale collaborazione e di una

⁹² C. DELLA GIUSTINA, *Le ordinanze* extra ordinem *durante l'emergenza Covid-19*, cit., 39 in AmbienteDiritto.it.

⁹³ G. DI COSIMO, G. MENEGUS, La gestione dell'emergenza coronavirus tra Stato e regioni, cit., 6.

⁹⁴ Durante le situazioni di emergenza, la normativa appositamente di volta in volta creata può mettere in crisi le fonti del diritto. Nel corso dell'emergenza sanitaria, si è evidenziato il tema delle Faq pubblicate sul sito del Governo e sui problemi di comunicazione produttivi di ambiguità in capo ai cittadini: S. SOTGIU, *Faq nuova fonte di diritto? Il Governo faccia chiarezza. Parla Guzzetta*, in *Formiche.net*, 24 aprile 2020. Sotto altri profili, A. VENANZONI, *La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2*, in *Osservatorio emergenza Covid-19*, *Federalismi.it*, 1, 13 marzo 2020.

AMBIENTEDIRITTO	

assenza di responsabilità in capo ai vertici governativi e amministrativi è emersa anche sotto il profilo degli atti. Come è stato sapientemente osservato, la carenza del filtro della sanità territoriale, fortemente voluto dal legislatore, ma mai reso realmente concreto, e l'impreparazione a governare a tutti i livelli ha mostrato una debolezza del potere centrale⁹⁵ che si è ripercossa sui provvedimenti creando incomprensioni e incertezze applicative.

Il punto allora non sono tanto il ruolo massiccio e l'intervento dello Stato che sovrasta ed eclissa le attribuzioni regionali e locali, piuttosto le modalità attraverso le quali ciò si manifesta, apparendo incompatibili con la cornice normativa costituzionale, in particolare, con l'art. 5. Se il potere statale riconosciuto dall'art. 117 Cost., c. 2, venisse interpretato in maniera troppo estensiva, si svuoterebbe la potestà concorrente attribuita alle regioni, proprio come l'emergenza Covid-19 ha dimostrato. Il coordinamento tra i diversi livelli di governo è stato debole rendendo meno efficace sia l'azione delle istituzioni, sia la solidarietà tra i cittadini, proiezione di tale principio%. Sarebbe auspicabile, nel prosieguo della gestione di questa emergenza (ma la considerazione vale anche per emergenze di altra natura), più che un maggiore accentramento, un approccio di prossimità e una più accentuata differenziazione giustificata dai numeri del contagio, in un'ottica di flessibilità e di una (oramai indispensabile) leale e reale collaborazione reciproca tra governo centrale e presidenti delle regioni. Oltre che un collegamento normativo tra l'apparato appositamente creato per fronteggiare la pandemia e quello preesistente la cui vigenza è sospesa durante l'emergenza.

⁹⁵ C. BOTTARI, Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus, in Osservatorio emergenza Covid-19, Federalismi.it, 1, 13 marzo 2020.

⁹⁶ «In un tale frangente, se c'è un principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione è proprio quello della «leale collaborazione» - il risvolto istituzionale della solidarietà - su cui anche la giurisprudenza della Corte costituzionale non si stanca di ritornare, perché l'azione e le energie di tutta la comunità nazionale convergano verso un unico condiviso obiettivo»: così M. CARTABIA, Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, 28 aprile 2020, 26.

1	ΔM	BIE	TEL	DIRITT	()

L'ORGANIZZAZIONE MONDIALE DELLA SANITÀ ALLA PROVA DEL COVID-19: MALA GESTIO O CAPRO ESPIATORIO?

Agostina Latino

Abstract (it): Il 6 luglio gli Stati Uniti hanno dato inizio al processo formale di recesso dall'Organizzazione mondiale della sanità, accusata di essere stati troppo accomodante, per non dire supina, nei confronti della Cina nella gestione del CoViD-19. Questo lavoro prende le mosse, in prima battuta, da una breve ricostruzione giuridica delle origini, struttura e risorse dell'OMS, al fine di evidenziare come le carenze di empowerment dell'Organizzazione siano dovute ab initio alla volontà degli Stati che le hanno dato vita. In secondo luogo, attraverso una sorta di cronaca dell'attuale emergenza sanitaria, nell'arco temporale che va dai primi casi di "polmonite di causa sconosciuta" manifestatisi a Wuhan alla dichiarazione di una pandemia, si cerca di evidenziare il ruolo assunto dall'OMS per affrontare il CoViD-19 attraverso il coordinamento mondiale della risposta multilaterale versus l'(improvvis)azione degli Stati, con cui molti di questi, in spregio al principio di solidarietà sancito dall'art. 44 del Regolamento sanitario internazionale del 2005, hanno affrontato questa sfida sanitaria, dalla complessità senza precedenti.

Abstract (en): On July 6 the United States formally began its withdrawal from the World Health Organization, accused of having been too accommodating, not to say supine, towards China with regard to the management of CoViD-19. This work essentially describes a brief legal reconstruction of the origins, structure and resources of the WHO, in order to note how the empowerment deficiencies of the Organization are due ab initio to the will of the States that gave it birth. Secondly, through a sort of chronicle of the current health emergency, from the first cases of "pneumonia of unknown cause" in Wuhan to the declaration of a pandemic, an attempt will be made to highlight the role assumed by the WHO to face CoViD-19 through the worldwide coordination of the multilateral response versus the (improvised) action of governments, with which many of them, in defiance of the principle of solidarity enshrined in art. 44 International Health Regulations of 2005, are facing this health challenge, of unprecedented complexity.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - **2.** Organigramma, apparato normativo e risorse dell'Organizzazione mondiale della sanità. - **3.** La *timeline* dell'approccio dell'Organizzazione mondiale della sanità all'emergenza sanitaria CoViD-19, dai primi focolai alla dichiarazione della pandemia. - **4.** Brevi osservazioni conclusive.

AMBIENTEDIRITTO	
AMDIENTEDIKITIO	

1. Introduzione.

Il 6 luglio gli Stati Uniti hanno notificato il loro recesso dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS, World Health Organization - WHO)¹. Il Segretario generale delle Nazioni Unite, depositario dello Statuto dell'OMS - denominato Costituzione² -, attraverso un proprio portavoce, ha comunicato l'abbrivio ufficiale del ritiro che il Presidente Trump aveva minacciato per la prima volta il 7 aprile, data in cui si celebra la Giornata mondiale della salute (coincidenza involontaria o smacco ponderato?), sottolineando che il recesso avrà effetto dal 6 luglio 2021, posto che in tale arco temporale tutte le condizioni per il ritiro siano soddisfatte³, in primis il pagamento delle quote associative inevase che, al 30 giugno, ammontano a 198 milioni di dollari⁴. Questa decisione unilaterale fa capo al Presidente Usa che l'ha adottata bypassando il Congresso⁵ attirandosi sia una netta critica di alcuni dei suoi membri⁶, sia la ferma

¹ In verità, il ritiro deli Stati Uniti dall'OMS, accusata di essere troppo sino-centrica, si iscrive nell'alveo di un'ostilità sempre più marcata che questo Paese mostra di nutrire nei confronti dei consessi internazionali. A tal riguardo, basti pensare all'atteggiamento ostruzionistico con cui dal 2016 hanno posto in una situazione di impasse il rinnovo dei membri dell'Organo di Appello del dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (sul punto sia consentito rinviare a A. Latino, Scambi globali: Il tallone d'Achille del WTO, Global Watch ISPI, 10 luglio 2020, https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/scambi-globali-il-tallone-dachille-del-wto-26881), o quello contro la Corte Penale internazionale (di cui peraltro gli USA non hanno mai ratificato lo Statuto, ma contro cui, nel 2018 l'allora consigliere per la sicurezza nazionale americana, John R. Bolton, ha lanciato un attacco senza precedenti, minacciando sanzioni ai suoi giudici e procuratori, quali il divieto di ingresso negli Stati Uniti, misure contro i loro beni nel sistema finanziario americano e procedimenti giudiziari). In un'ottica più squisitamente giuridica, l'animosità statunitense alle assise multilaterali si è tradotta in vere e proprie denunce di trattati come, ad esempio, quella relativa all'Accordo sul nucleare iraniano (accordo sottoscritto da Barack Obama e definito "embarrassing" dal suo successore il quale, dopo il recesso nel 2018, ha ripreso le sanzioni contro Teheran), quella riguardante il Trattato sul Partenariato Trans-Pacifico (l'ordine esecutivo che ha sancito il ritiro da questo accordo commerciale tra 12 Paesi è stato proprio uno dei primi atti della presidenza Trump), quella che si perfezionerà quest'anno concernente l'Accordo di Parigi sul clima, o ancora i ritiri, basati sull'accusa di "unending hostility toward Israel" sia dal Consiglio delle Nazioni Unite per i diritti umani nel giugno 2018, sia dall'Unesco, per protesta contro l'ingresso dell'Autorità nazionale palestinese nel 2011, ritiro divenuto definitivo nel 2017.

² La Costituzione dell'OMS è stata adottata dalla Conferenza Internazionale della Sanità tenutasi a New York dal 19 giugno al 22 luglio 1946, firmata il 22 luglio 1946 dai rappresentanti di 61 Stati, ed è entrata in vigore il 7 aprile 1948. Gli emendamenti adottati dalla 26^{sima}, 29^{sima}, 39^{sima} e 51^{sima} Assemblea Mondiale della Sanità (risoluzioni WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 e WHA51.23) sono entrati in vigore rispettivamente il 3 febbraio 1977, il 20 gennaio 1984, l'11 luglio 1994 e il 15 settembre 2005 e sono stati incorporati nel testo. La Costituzione dell'OMS, così come tutti gli altri riferimenti normativi a essa relativi, menzionati nel presente contributo, sono rinvenibili all'indirizzo web: https://www.who.int/. (n.d.r.: l'ultima data in cui i siti web riportati in queste note sono stati consultati è il 1° luglio 2020).

³ Stéphane DUJARRIC, Spokesman for the Secretary-General, Note to Correspondents in Answer to Questions Regarding the World Health Organization, July 7, 2020, reperibile all'indirizzo web https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2020-07-07/note-correspondents-answer-questions-regarding-the-world-health-organization

⁴ Per il biennio 2018-2019, il governo degli Stati Uniti si è impegnato a contribuire al bilancio dell'OMS con 893 milioni di dollari, cifra risultante dalla sommatoria degli "assessed contributions" e dei contributi volontari.

⁵ Dal punto di vista del diritto interno non è affatto pacifico che il Presidente possa ritirare unilateralmente gli Stati Uniti dai trattati internazionali ovvero se sia necessaria l'approvazione del Congresso: cfr. J. GALBRAITH, *The President's Power to Withdraw the United States from International Agreements at Present and in the Future*, in *American Journal of International Law*, 2017, p. 445 ss.

⁶ Inter alia, cfr. l'immediato tweet del senatore Menendez: «Congress received notification that POTUS officially withdrew the U.S. from the WHO in the midst of a pandemic. To call Trump's response to COVID chaotic &

AMBIENTEDIRITTO

condanna del candidato democratico alla Casa Bianca, Joe Biden, il quale si è affrettato a dichiarare che gli Stati Uniti «will rejoin the WHO»⁷ nel primo giorno della sua presidenza, laddove dovesse vincere le elezioni di novembre.

È interessante notare che nella Costituzione dell'OMS non è contemplata una norma ad hoc sul recesso, sicché, al netto delle disquisizioni della dottrina, divisa fra chi ritiene che tale mancata menzione sia da interpretarsi come una sorta di silenzio-diniego, il consenso inziale dando vita a una sorta di accordo a perpétuité⁸, e chi, viceversa, ritiene ammissibile la facoltà di recesso⁹, la base giuridica a suffragio delle intenzioni degli USA va ricondotta alla riserva da essi formulata al momento dell'acquisizione della membership, in base alla quale intendevano ottenere la facoltà di recedere con il preavviso di un anno e con l'impegno di onorare le obbligazioni finanziarie per l'anno in corso. Pur in mancanza di un fondamento giuridico nel dettato costituzionale dell'Organizzazione, siffatta riserva è stata approvata all'unanimità dall'Assemblea

incoherent doesn't do it justice. This won't protect American lives or interests - it leaves Americans sick and America alone»:https://twitter.com/SenatorMenendez/status/1280556507365597190?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1280556507365597190%7Ctwgr%5E&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.ilpost.it%2F2020%2F07%2F08%2Ftrump-ritiro-stati-uniti-oms%2F

⁹ In tal senso, ex plurimis, M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, Diritto internazionale. Parte generale, Giuffré, Milano, 1991, p. 377: «La libertà che hanno gli Stati di predeterminare, essi stessi, nel testo del trattato la durata della regolamentazione convenzionale ivi incorporata, così come la possibilità di sciogliersi unilateralmente dalla stessa, risulta pacificamente ammessa da una pratica plurisecolare». In tal senso si veda anche C. EAGLETON, International Government, Ronald Press, New York, 1948, p. 305. Vi è chi sottolinea che la facoltà del recesso, anche in mancanza di una clausola espressa, costituisca l'altra faccia della medaglia della piena libertà di cui godono gli Stati nell'aderirvi: «La participation aux conventions générales est essentiellement volontaire. Nul Etat n'est obligé d'y devenir partie. Logiquement si les Etats ne sont pas obligés d'entrer ils ne doivent pas être empêchés de sortir»: E. GIRAUD, Modification et terminaison des traités collectifs, in Annuaire de l'Institut de Droit International, vol. 49, 1961, p. 73 ss. Così anche Oppenheim e Lauterpacht, specificamente avuto riguardo alla Carta di San Francisco: «Although the Charter itself does not expressly mention the right of withdrawal, in the absence of any expressly prohibition to that effect the members of the United Nations must be deemed to have preserved the right to server what is, in law, a contractual relation of indefinite duration imposing upon States far reaching restriction of their sovereignty», L. OPPENHEIM, H. LAUTERPACHT, International Law, Longmans, Green & Co London, 1955, p. 411. In effetti, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 prevede, per l'ipotesi di accordo che non contenga disposizioni relative a estinzione, denuncia o recesso, che non si possa denunciare o recedere dal trattato, a meno che non sia stata accertata l'intenzione delle parti di ammettere tale facoltà, ovvero questa possa desumersi dalla natura del trattato (art. 56). Non è pacifico se la disposizione corrisponda al diritto consuetudinario, in particolare nella parte in cui ricollega il potere di recesso alla natura del trattato. Questa ipotesi non era stata inizialmente considerata dalla Commissione del diritto internazionale, che si pronunciò in senso contrario (Annuaire de la Commission du droit international, 1966, Vol. II, p. 274); il Relatore speciale Waldock prese in considerazione la natura del trattato nel suo secondo rapporto per concludere che il criterio decisivo fosse quello dell'intenzione delle parti (Annuaire de la Commission du droit international, 1963, Vol. II, p. 66 ss.), sicché il canone della natura del trattato è frutto dei lavori della Conferenza di Vienna. Cfr. F. CAPOTORTI, L'extinction et la suspension des traités, in Académie de droit international, Recueil des Cours, 1971 - III, p. 539, che si esprime in modo critico circa la riconducibilità di tale previsione al diritto generale. Si veda anche K. WIDDOWS, The Unilateral Denunciation of Treaties Containing No Denunciation Clause, in British Yearbook of International Law, 1982, p. 84 ss., il quale sottolinea, peraltro, la difficoltà di ricostruire anche la volontà delle parti.

⁷ Tweet del ⁷ luglio: https://twitter.com/JoeBiden/status/1280603719831359489?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1280603719831359489%7Ctwgr%5E&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.ilpost.it%2F2020%2F07%2F08%2Ftrump-ritiro-stati-uniti-oms%2F

⁸ Per questa posizione, *inter alia*, si veda Schermers, secondo cui: «in the absence of withdrawal clause unilateral withdrawal was not permitted - it was not allowed by customary international law nor could be justified under reference to the nature of a constitution»: H. G. SCHERMERS, *International Institutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 1972, p. 44.

AMBIENTEDIRITTO	

Mondiale della Sanità il 2 luglio 1948¹⁰.

Dunque, poiché il processo di ritiro degli Stati Uniti è appena iniziato, a oggi non è dato sapere se si perfezionerà ma purtuttavia la formalizzazione del procedimento volto al recesso rappresenta sicuramente l'epitome delle critiche che l'OMS si è attirata¹¹ per la gestione della pandemia CoViD-19¹² scatenata dal *Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus* 2 (SARS-CoV-2).

In verità, non si tratta di uno scenario inedito: se è vero - ed è vero - che una delle missioni più importanti dell'OMS riguarda proprio la sorveglianza delle malattie infettive e il coordinamento della risposta internazionale in caso di epidemia, le sue azioni (ed omissioni...) in simili contesti vengono attentamente esaminate - e molto spesso criticate - sia in termini di tempistica che di risorse dispiegate mentre, viceversa, per il resto del tempo, è un'organizzazione fra le più neglette fra le Agenzie

10 L'allora Presidente Truman incorporò la risoluzione del Congresso nello strumento di accettazione della Costituzione dell'OMS: «Accepted subject to the provisions of the joint resolution of the Congress of the United States of America approved 14 June 1948 (Public Law 643, 80th Congress), section 4 of which reads as follows: "In adopting this joint resolution the Congress does so with the understanding that, in the absence of any provision in the World Health Organization Constitution for withdrawal from the organization, the United States reserves its right to withdraw from the organization on a one-year notice, provided, however, that the financial obligations of the United States to the organization shall be met in full for the organization's current fiscal year"». Dal canto suo, «the World Health Assembly adopted unanimously on 2 July 1948 the following resolution: "The Assembly recognized the validity of the ratification by the United States of America and resolved that the Secretary-General of the United Nations advised this decision"»: cfr. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx? of src=TREATY&mtdsg_no=IX-1&chapter=9&clang=_en#11

¹¹ Cfr. l'editoriale di P. ACCONCI, L'Organizzazione mondiale della sanità alla prova dell'emergenza sanitaria Covid-19, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online, 2020/2, p. XV ss.

¹² Questo è il nome ufficiale scelto il 12 febbraio dall'OMS per la malattia respiratoria che aveva registrato la sua prima vittima ufficiale un mese prima a Wuhan. In effetti la denominazione "coronavirus" si riferisce alla famiglia di virus cui questo tipo appartiene, piuttosto che al virus in sé, sicché, con l'acronimo CoViD-19, oltre - appunto - al ceppo del virus, si indica con "d" la malattia (disease) e con "19" si identifica la data in cui è stata scoperta. Nella conferenza stampa del 12 febbraio, il Direttore Generale dell'OMS Tedros Adhanom Ghebreyesus ha spiegato l'importanza di dare un nome al "nuovo" coronavirus: «we had to find a name that did not refer to a geographical location, an animal, an individual or group of people, and which is also pronounceable and related to the disease» (https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-remarks-at-the-media-briefing-on-2019-ncov-on-11-february-2020). L'obiettivo dichiarato del nome ufficiale della malattia è dunque quello di evitare riferimenti geografici e culturali che si traducano in "etichette negative", non stigmatizzando nessun Paese o popolazione in particolare, in linea con le indicazioni disposte nelle Best Pactices dell'OMS pubblicate nel maggio 2015 in base alle quali «Disease names may NOT include: geographic locations: cities, countries, regions, continents (Middle East Respiratory Syndrome, Spanish Flu, Rift Valley fever, Lyme disease, Crimean Congo hemorrhagic fever, Japanese encephalitis), people's names (Creutzfeldt-Jakob disease, Chagas disease), species/class of animal or food (swine flu, bird flu, monkey pox, equine encephalitis, paralytic shellfish poisoning), cultural, population, industry or occupational references (legionnaires, miners, butchers, cooks, nurses), terms that incite undue fear (unknown, death, fatal, epidemic)» (World Health Organization Best Practices for the Naming of New Human Infectious Diseases,

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/163636/WHO_HSE_FOS_15.1_eng.pdf;jsessionid=216F0E331C1 A3E84B7EFD2E1C45A7E73?sequence=1). Viceversa, scegliendo «generic descriptive terms (...) short (...) and easy to pronounce» (ivi, p. 2), per indicare malattie che diano rilievo ai sintomi, a coloro che colpiscono, alla gravità o stagionalità, si evita di ripetere errori esiziali del passato, come, ad esempio, accaduto nel caso dell'HIV: inizialmente chiamata GRID (*Gay-related immunodeficiency*) ingenerò un'errata rassicurazione nella comunità eterosessuale che per diverso tempo si ritenne immune dal contagio, o della MERS (*Middle-East Respiratory Syndrome*), la cui denominazione, strettamente connessa al Medio Oriente, la rese difficilmente identificabile quando nel 2015 arrivò in Sud Corea.

AMBIENTEDIRITTO	

specializzate delle Nazioni Unite¹³. Così, ad esempio, nel 1996, l'OMS ha perso il coordinamento internazionale della risposta alla pandemia di HIV/AIDS, poi affidata a un'organizzazione ad hoc, UNAIDS, ritenuta più idonea a fornire la necessaria risposta multisettoriale (compresi gli aspetti economici, diritti dell'uomo, questioni di genere, ecc.). Ancora, nel 2003, l'OMS è stata criticata per tardive informazioni sull'epidemia di SARS 1, a fronte dell'occultamento dei primi casi da parte delle autorità cinesi, in quanto lanciò una segnalazione internazionale solamente nel marzo 2003, sebbene le voci sui primi focolai di una forma anomala di polmonite acuta circolassero fin dal novembre 2002¹⁴. Viceversa, nel 2009, nel caso dell'H1N1 (comunemente denominata, in modo errato, "influenza suina"), l'OMS è stata accusata di essere stata troppo frettolosa nel sancire che si fosse in presenza di una pandemia, facendo sì che gli Stati acquistassero milioni di dosi di vaccini rivelatisi alla fine inutili, data la scarsa virulenza del virus¹⁵. Da ultimo, nel 2014, durante l'epidemia di Ebola in Africa occidentale, il rimprovero mosso all'OMS è stato di aver dichiarato un'emergenza internazionale solamente l'8 agosto e quindi in ritardo rispetto all'allarme lanciato fin dalla primavera da Medici Senza Frontiere e di aver ampiamente sottovalutato la magnitudo dei casi registrati¹⁶.

Nel presente contributo, dopo una breve ricostruzione giuridica delle origini, struttura e risorse dell'OMS, ricostruzione funzionale a porre in evidenza come le deficienze di *empowerment* dell'Organizzazione siano dovute *ab initio* alla volontà degli Stati che le hanno dato vita, cercherò, attraverso una sorta di cronistoria dell'attuale emergenza sanitaria - dai primi focolai alla dichiarazione di pandemia - di evidenziare il ruolo assunto dall'OMS per fronteggiare il CoViD-19 attraverso il coordinamento a livello mondiale della risposta multilaterale *versus* l'(improvvis)azione dei governi, con cui molti di questi, in spregio al principio di solidarietà sancito all'art. 44 International Health Regulations del 2005, stanno affrontando questa sfida sanitaria, dall'inaudita complessità.

2. Organigramma, apparato normativo e risorse dell'Organizzazione mondiale della sanità.

L'OMS è una delle 15 Agenzie delle Nazioni Unite, con sede a Ginevra, istituita con

¹³ Cfr. R. Mehdi, S. Maljean-Dubois (sous la direction de), *La societé internationale et les grandes pandémies*, Pedone, Paris, 2007.

¹⁴ Per una breve cronistoria della SARS 1 cfr. il portale dell'epidemiologia per la sanità pubblica a cura dell'Istituto superiore di sanità: https://www.epicentro.iss.it/focus/sars/sars. In dottrina si veda M. POULAIN, *La gestion des situations d'urgence sanitaire de portée internationale. L'exemple du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS)*, in *Actualité et Droit International*, 2003, p. 1 ss.

¹⁵ Per una breve cronistoria del virus influenzale di tipo A/H1N1 cfr. il portale dell'epidemiologia per la sanità pubblica a cura dell'Istituto superiore di sanità: https://www.epicentro.iss.it/focus/h1n1/aggiornamenti.

¹⁶ Si legga ad esempio l'articolo, molto critico nei confronti dell'OMS, scritto da Nicoletta Dentico, vice-Presidente Osservatorio Italiano sulla Salute Globale e Daniel Lopez Acuña, esperto indipendente di salute pubblica, già funzionario OMS: N. DENTICO, D. L. ACUÑA, Il tardo risveglio dell'Oms sul virus Ebola, in Il Sole 24 ore, 30 gennaio 2015 (https://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/commenti/2015-01-30/tardo-risveglio-virus-ebola-181901.php?uuid= AbcuTg4K). In dottrina si vedano P. ACCONCI, The Reaction to the Ebola Epidemic within the United Nations Framework. What Next for the World Health Organization?, in Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2014, p. 405 ss.; C. M. PONTECORVO, La gestione internazionale delle emergenze sanitarie globali alla luce del caso Ebola: "quid novi"?, in Diritti umani e diritto internazionale, 2017, p. 587 ss. Per una breve cronistoria del virus Ebola (Ebola virus disease-EVD) cfr. il portale dell'epidemiologia per la sanità pubblica a cura dell'Istituto superiore di sanità: https://www.epicentro.iss.it/ebola/epidemia-africa-2014-emergenza-internazionale.

AMBIENTEDIRITTO

trattato adottato a New York nel 1946 entrato in vigore il 7 aprile 1948¹⁷, specializzata per le questioni sanitarie. All'Organizzazione aderiscono 194 Paesi membri¹⁸ divisi in 6 macro-aree regionali ossia Europa, Americhe, Africa, Mediterraneo Orientale, Pacifico Occidentale e Sud-Est Asiatico¹⁹. Secondo lo Statuto dell'OMS, che, come accennato, assume il nome del tutto peculiare di "Costituzione"²⁰, l'obiettivo dell'Organizzazione è «the attainment by all peoples of the highest possible level of health»²¹, definita come «a state of complete physical, mental and social well-being»²² e non semplicemente «absence of disease or infirmity»²³.

La sua struttura contempla, quali organi di governo, il Segretariato, l'Assemblea Mondiale, il Consiglio Esecutivo, i 6 uffici regionali, nonché altre strutture dislocate negli Stati membri e centri specializzati che ne supportano le attività²⁴. Il Segretariato dell'OMS è guidato dal Direttore Generale, eletto ogni 5 anni, che attualmente è l'ex ministro della salute etiope Tedros Adhanom Ghebreyesus, eletto il 23 maggio 2017. L'Assemblea Mondiale della Sanità, composta dalle delegazioni di tutti gli Stati Membri, è il principale organo decisionale: approva i programmi, decide il budget per il biennio successivo, adotta decisioni sulle principali politiche sanitarie, elegge, su proposta del Consiglio esecutivo, il Direttore Generale. Il Consiglio esecutivo è formato dai rappresentanti tecnicamente qualificati di 34 Stati Membri dell'OMS eletti per tre anni secondo un sistema di rotazione volto a garantire un'equa rappresentatività geografica e svolge funzioni consultive nei confronti dell'Assemblea Mondiale su specifiche materie ad esso demandate, ne attua le decisioni e le politiche, ne facilita le attività e ne decide l'ordine del giorno nella riunione annuale di gennaio²⁵.

Per quel che concerne le sue funzioni, l'OMS svolge un ruolo di indirizzo e coordinamento in materia di salute nel quadro del sistema delle Nazioni Unite, fornendo una guida sulle questioni sanitarie globali, indirizzando la ricerca sanitaria,

¹⁷ La Giornata mondiale della salute si celebra in questa data proprio in virtù di questo anniversario.

¹⁸ L'elenco aggiornato si legge all'indirizzo web: https://www.who.int/countries/en/. L'Italia ha aderito ufficialmente all'OMS l'11 aprile 1947.

¹⁹ Le sedi principali delle macro-aree regionali sono rispettivamente: Copenaghen, Washington, Brazzaville, Alessandria d'Egitto, Manila, Nuova Delhi. Cfr. https://www.who.int/about/who-we-are/regional-offices. Ogni anno ogni macro-regione dell'OMS nomina un proprio Comitato Regionale, organizza conferenze e altre iniziative concernenti la sanità pubblica internazionale.

²⁰ Il testo si legge alla pagina web: https://apps.who.int/gb/gov/assets/constitution-en.pdf. In linea generale, si suggerisce la consultazione del volume, giunto alla sua 49^{sima} edizione, che riporta l'insieme dei *basic documents* dell'OMS, integramente scaricabile all'indirizzo web: https://apps.who.int/gb/bd/.

²¹ Art. 1.

²² II° capoverso del Preambolo.

²³ Ibidem. Sulla rilevanza giuridica della salute quale diritto composito di rilevanza individuale, nazionale e internazionale si vedano ex plurimis M. BÉLANGER, Une nouvelle branche du droit international: le droit international de la santé, in Etudes internationales, 1982, p. 611 ss.; ID., Global Health Law: An Introduction, Cambridge Scientific Publishers, Cambridge-Paris, 2011; ID. (sous la direction de), La mondalisation du droit de la santé, LEH Editions, Bordeaux, 2011; R. BEAGLEHOLE (ED.), Global Public Health: A New Era, Orxford University Press, Oxford, 2003; P. ACCONCI, Tutela della salute e diritto internazionale, CEDAM, Padova, 2011; L. PINESCHI (a cura di), La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

²⁴ Per la struttura dell'OMS cfr. https://www.who.int/governance/en/

²⁵ Per il triennio 2017-2020 l'Italia, dopo 14 anni di assenza, ha avuto il proprio rappresentante nella persona del prof. Gualtiero Ricciardi.

А	MBIENTEDIRITTO

stabilendo norme e standard e formulando scelte di politica sanitaria basate sull'evidenza scientifica. Ancora, garantisce assistenza tecnica agli Stati Membri, monitora e valuta le tendenze in ambito sanitario, finanzia la ricerca medica e fornisce aiuti di emergenza in caso di calamità. Attraverso i propri programmi, l'OMS lavora anche per migliorare in tutto il mondo la nutrizione, le condizioni abitative, l'igiene e le condizioni di lavoro.

Questa complessa agenda si articola in un sistema basato su tre direttrici binarie²⁶. La prima consiste in due finalità prettamente connesse alla salute in senso proprio: da un lato, incrementare la sicurezza sanitaria e, dall'altro, promuovere lo sviluppo. La seconda consta di due esigenze strategiche: ossia tanto il potenziamento dei sistemi sanitari quanto la messa a frutto delle ricerche, delle informazioni e delle evidenze scientifiche. La terza si incardina su due approcci operativi: rispettivamente, intensificare i partenariati e migliorare le *performances*.

Sotto il profilo del *law power*, l'OMS, come postulato negli artt. 19 e 21 della sua Costituzione, indirizza raccomandazioni agli Stati membri²⁷, elabora sotto la propria egida convenzioni²⁸ e adotta altri atti normativi, in particolare, regolamenti²⁹. I regolamenti entrano in vigore per tutti gli Stati Membri quando la loro approvazione da parte dell'Assemblea Mondiale della sanità è stata debitamente comunicata, tranne per gli Stati che abbiano esercitato la clausola di *opting out* ossia che, nei termini prescritti nella comunicazione, solitamente di sei mesi, dichiarano di non accettarli, oppure appongano riserve in merito³⁰. Gli Stati Membri hanno l'obbligo di inviare un rapporto annuale all'Organizzazione sulle azioni intraprese nelle materie oggetto di raccomandazioni, convenzioni e regolamenti (art. 62).

Nel quadro normativo, tra gli atti più significativi assume un ruolo di primo piano l'International Health Regulations (IHR), approvato nel 1969, emendato una prima volta nel 1973, successivamente nel 1981 e, da ultimo, adottato dall'Assemblea Mondiale della

²⁶ La complessità della gestione della salute pubblica nell'era della globalizzazione e le interconnessioni con altri obiettivi fondamentali della comunità internazionale sono analizzate da S. NEGRI, *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018.

²⁷ Art. 23: «L'Assemblea della sanità è autorizzata a fare raccomandazioni agli Stati Membri in qualsiasi materia di competenza dell'Organizzazione».

²⁸ Art. 19: «L'Assemblea della sanità può approvare convenzioni o accordi concernenti qualsiasi questione di competenza dell'Organizzazione. Siffatte convenzioni o accordi devono essere approvati dalla maggioranza dei due terzi dell'Assemblea della sanità, ed entrano in vigore per ogni singolo Stato, quando esso li accetta, conformemente alle proprie norme costituzionali». Art. 20: «Ogni Stato Membro s'impegna a prendere, nel termine di diciotto mesi dall'approvazione d'una convenzione o di un accordo da parte dell'Assemblea della sanità, le misure relative all'accettazione di tale convenzione o accordo. Ogni Stato Membro deve notificare al Direttore Generale le misure prese e, se non accetta la convenzione o l'accordo nel termine prescritto, una dichiarazione motivata della mancata accettazione».

²⁹ Art. 21: «L'Assemblea della sanità è autorizzata ad emanare i regolamenti concernenti: a) le misure sanitarie e di quarantena o qualsiasi altro provvedimento, destinati ad impedire la propagazione delle malattie da un Paese all'altro; b) la nomenclatura delle malattie, delle cause di morte e dei metodi d'igiene pubblica; c) la designazione uniforme dei metodi di diagnosi valevoli nel campo internazionale; d) le norme relative alla conformità, alla purezza ed all'attività dei prodotti biologici, farmaceutici e simili che si trovano nel commercio internazionale; e) le condizioni relative alla pubblicità e alla designazione dei prodotti biologici, farmaceutici e simili che si trovano nel commercio internazionale».

³⁰ Art. 22: «I regolamenti emanati in esecuzione dell'articolo 21 entrano in vigore, per tutti gli Stati Membri, quando la loro approvazione da parte dell'Assemblea della sanità è stata debitamente comunicata; sono eccettuati solo quegli Stati che, nei termini prescritti nella comunicazione, dichiarano di non accettarli, oppure fanno riserve in merito».

sanità nella sua versione rivista il 23 maggio 2005³¹. In estrema sintesi, se nella sua versione originaria³² l'IHR era circoscritto a monitorare e controllare un numero limitato di malattie infettive quarantenarie (in specie: colera, peste, febbre gialla, vaiolo, febbre ricorrente e tifo), il manifestarsi tanto di nuove patologie, come la febbre emorragica provocata dal virus Ebola, e nuove epidemie, come la SARS nel 2003, quanto il riemergere di ben note infezioni del passato, come il colera in Sudamerica e la peste in India, hanno evidenziato una sorta di "globalizzazione della vulnerabilità" e dunque la necessità di una sua revisione. Detto in altri termini, fattori di natura demografica, economica e ambientale, facilitati dall'incremento dei trasporti e dei contatti a livello transnazionale, comportano un'escalation della diffusione di organismi patogeni che, oltre all'esiziale impatto sulla salute pubblica, ha pesanti ricadute di natura economica, sociale e politica che prescindono dai confini nazionali, sicché questa fragilità condivisa impone la necessità di misure coordinate di tutela e una gestione comune delle responsabilità nell'applicazione di siffatte misure. L'IHR è stato dunque rivisto al fine di compensarne le principali fallacie: in primo luogo, si è ampliato lo spettro degli eventi infettivi da monitorare (ivi compresi i casi di recrudescenza dei contagi, c.d. seconde ondate), in secondo luogo, da un punto di vista procedurale, si è elaborato un sistema ufficiale di notifica fra gli Stati per far fronte alla riluttanza con cui nel passato i vari Paesi avevano segnalato casi o focolai di malattie potenzialmente epidemiche o pandemiche, riluttanza determinata dal timore di subire ripercussioni negative in vari campi (commercio, turismo, etc.), infine, in terzo luogo, si è sviluppato un meccanismo concordato a livello internazionale sulle misure di contenimento per contrastare la diffusione delle epidemie.

In particolare, per quel che concerne il campo di applicazione, l'IHR ricomprende tutti gli eventi che possano costituire un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale, e dunque non (più) solamente le malattie infettive, ma anche, quantomeno nelle prime fasi del loro manifestarsi, eventi dall'eziologia ignota o causati da agenti di natura chimica e fisica, impiegati ad esempio a scopo terroristico. Sotto il secondo profilo, è stato elaborato un algoritmo decisionale (Allegato 2 dell'IHR) finalizzato a implementare un sistema di early detection degli eventi che possano costituire una minaccia per la sanità pubblica: i sistemi nazionali di sorveglianza procedono a una loro tempestiva identificazione per poter dispiegare una risposta efficace, coordinata, se del caso, a livello internazionale. Per l'individuazione precoce dei fattori di rischio sono necessarie core capacities di sorveglianza identificate e descritte

nell'Allegato 1, parti A e B, esercitate dai National IHR Focal Points, costituiti ad hoc da ciascuno Stato. Gli Stati membri dell'OMS che abbiano deciso di adottare l'IHR, non

 $[\]dot{si}$ International Health Regulations 2055 il cui testo legge all'indirizzo https://www.who.int/health-topics/international-health-regulations#tab=tab_1. In dottrina si vedano i contributi di D. P. FIDLER, L. O. GOSTIN, The New International Health Regulation: An History Development for International Law and Public Health, in The Journal of Law, Medicine and Ethics, 2006, p. 85 ss.; L. BOISSON DE CHAZOURNES, Le pouvoir réglementaire de l'Organisation Mondiale de la Santé à l'aune de la santé mondiale: réflexions sur la portée et la nature du Règlement Sanitaire International de 2005, in Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 1157 ss.; P. ACCONCI, I Regolamenti sanitari internazionali dell'Organizzazione mondiale della sanità quale strumento di sorveglianza delle malattie infettive, in C. DE CICCO, A. LATINO, (a cura di), Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 101 ss.

³² In verità nel 1951 la 4ª Assemblea Mondiale della Sanità aveva approvato un Regolamento Sanitario Internazionale, che sostituiva e integrava alcune convenzioni internazionali pregresse in materia sanitaria quali, *inter alia*, quelle sul colera del 1892, sulla peste del 1897, sul vaiolo e tifo esantematico del 1926.

opponendo riserve, si sono impegnati, entro 5 anni dal momento della sua entrata in vigore, avvenuta il 15 giugno 2007, a costruire, sviluppare e mantenere le capacità in questione. Era altresì prevista la possibilità di usufruire di due periodi di proroga, di due anni ciascuno, on demand, nel caso in cui uno Stato si fosse trovato in difficoltà nella realizzazione di questo adeguamento, ma comunque entro e non oltre il 2016. Per far fronte a tali difficoltà gli Stati potevano anche chiedere il sostegno tecnico dell'OMS, proprio sulla base dell'assunto che l'IHR prevede una stretta collaborazione tra OMS e Stati parte che dovessero essere interessati da emergenze di sanità pubblica di rilevanza internazionale, sia in termini di individuazione e verifica dell'evento, sia di attuazione di misure di controllo e di risposta³³.

Sotto il terzo profilo, proprio alla luce dell'ampliamento *ratione materiae* degli eventi da monitorare e fronteggiare, poiché di fatto molti di questi non sono prevedibili a priori e non è dunque possibile fornire indicazioni predefinite per l'applicazione di misure sanitarie, l'IHR identifica i criteri per la emanazione da parte dell'OMS di raccomandazioni permanenti o temporanee (*standing or temporary recommendations*). L'art. 48 dell'IHR prevede l'istituzione di un apposito Comitato di esperti con poteri consultivi che fornisca sostegno tecnico al Direttore Generale dell'OMS, nel pieno rispetto delle garanzie di trasparenza e dialogo tra l'Organizzazione e gli Stati Parti.

In buona sostanza l'IHR appronta un meccanismo volto all'adozione di misure che cercano di coniugare due obiettivi alquanto antitetici: assicurare la massima sicurezza contro la diffusione internazionale delle malattie infettive sulla base della condivisione di informazioni epidemiologiche (anche) quanto alla loro propagazione transfrontaliera e, al contempo, garantire la minima interferenza con il commercio e i movimenti internazionali³⁴. A mio avviso, da questo rapido affresco del potere normativo dell'OMS, ben si desume che esso sia soltanto apparentemente verticalizzato, rispetto agli Stati membri, perché di fatto l'impegno di conformarsi o meno agli atti posti in essere dall'Organizzazione è rimesso alla volontà sovrana di ciascuno Stato, vuoi perché si tratta di strumenti giuridici dotati di effetti meramente esortativi riconducibili nell'alveo del soft law (le raccomandazioni), vuoi perché occorre il "sì lo voglio" dello Stato (esplicito, attraverso la ratifica, nel caso delle convenzioni / implicito, tramite il mancato esercizio della facoltà di opting out piuttosto che dell'accettazione con riserva, nel caso dei regolamenti).

In particolare, proprio la pandemia da CoViD-19 mi sembra mostri come l'erosione della *public health sovereignty* di matrice più prettamente statale, cedevole rispetto all'accentramento della gestione della salute pubblica facente capo all'OMS, sia più pretesa che reale, a fronte delle risposte (talvolta, *rectius*, delle mancate risposte) scoordinate e scomposte che molti Paesi hanno adottato unilateralmente per fronteggiare l'attuale emergenza sanitaria, al di là del moltiplicarsi delle (talvolta contraddittorie) raccomandazioni dell'OMS. E ciò è ancor più vero laddove si ponga mente al fatto che, rispetto all'impostazione tradizionale, sono oggi emersi altri attori, nazionali e internazionali, statali e non statali, coinvolti in modo talmente significativo da assumere il ruolo di *stakeholders* nella *governace* del "sistema salute globale": basti menzionare, nel complesso quadro risultante dall'intreccio di organizzazioni

³³ Cfr. D. Arhin-Tenkorang, P. Conceção, *Beyond Communicable Disease Control: Health in the Age of Globalization*, in I. Kaul, P. Conceição, K. Goulven, R. Mendoza (eds.), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 484 ss.

³⁴ O. AGINAM, *Global Health Governance*. *International Law and Public Health in a Divided World*, University of Toronto Press, Toronto-Buffalo-London, 2005.

Д	MBIENTEDIRITTO

internazionali e non governative, enti filantropici, imprese multinazionali, esponenti del settore privato, la *Bill & Melinda Gates Foundation* che, nel biennio 2018-2019 ha finanziato l'OMS con 531 milioni di dollari, ossia una porzione del budget di poco inferiore al 10%, risultando seconda solamente agli Stati Uniti. In effetti, proprio alla luce del fatto che i 194 Stati membri dell'OMS sono esclusivamente tenuti a versare regolarmente la propria quota commisurata sul Pil nazionale e sulla popolazione, si iscrive in una logica centrifuga il fatto che negli ultimi 30 anni i finanziamenti volontari, pur variando di anno in anno, rappresentano la fetta più rilevante del budget dell'OMS, posto che i fondi volontari sono *earmarked*, ossia destinati a coprire i costi degli specifici progetti indicati dagli stessi donatori.

Questa situazione, in cui l'OMS svolge un ruolo che da *service provider* di molti singoli donatori, è ancora più opaca laddove si consideri che a cavallo degli anni '80-'90, da un lato, il gruppo ristretto dei Paesi maggiori contribuenti delle Nazioni Unite (c.d. "Geneva Group")³⁵, in risposta alla percepita politicizzazione di alcune posizioni dell'ONU, e delle sue Agenzie, OMS compresa, ha imposto la regola della crescita zero dei fondi, inasprendola poi nel 1993; dall'altro, il fatto che alcuni Stati hanno addirittura interrotto "a singhiozzo" il regolare pagamento delle quote obbligatorie, facendo sì che in alcuni periodi l'OMS è riuscita a mettere insieme soltanto il 70% dei finanziamenti di base previsti³⁶.

Il risultato è un fenomeno che potremmo definire una sorta di "gap 20/80", in base al quale solamente il 20% del budget è gestibile dall'OMS senza i lacci e lacciuoli imposti dai contributori volontari (che, sempre avuto riguardo al biennio 2018-2019, annoverano, inter alia, oltre alla già menzionata Bill & Melinda Gates Foundation, Gavi Alliance per 371 milioni di dollari, Rotary International per 143 milioni, World Bank 133 milioni, Commissione europea 131 milioni, National Philanthropic Trust 108 milioni, U.N. Central Emergency Response Fund 97 milioni)³⁷.

È stato in effetti calcolato che nel 2017 il 10% dei programmi dell'Organizzazione ha beneficiato dell'80% dei fondi volontari e 14 programmi hanno ricevuto meno del 2% 38: è dunque di palmare evidenza che l'OMS non è affatto immune all'influenza esercitata dai vari Stati e dagli altri eterogeni contributori in ragione delle loro capacità politica e della loro forza finanziaria, il che mina tanto la sua capacità operativa, quanto la sua

³⁵ Il c.d. "Geneva Group" è stato istituito nel 1964 su iniziativa degli Stati Uniti con lo scopo di costituire un forum ristretto, fra i Paesi principali contributori delle Nazioni Unite, di coordinamento sulle questioni di management e di budget a fronte di un incremento notevole della *membership* dell'Organizzazione, passata nel 1963 da 73 membri a 113. Del "Geneva Group" fanno parte attualmente 18 Paesi, *in specie* Australia, Belgio, Canada, Corea del Sud, Federazione Russa, Francia, Germania, Giappone, Italia, Messico, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Svezia, Svizzera, Stati Uniti, Turchia (ultimo Stato ad aggiungersi nel 2014: cfr. *Turkey becomes full member of UN Geneva Group*, Anadolu Agency, 22.05.2014, https://www.aa.com.tr/en/archive/turkey-becomes-full-member-of-ungeneva-group/157500#). In dottrina si vedano G. ALTENBURG, H. VOLGER (eds.), *A Concise Encyclopedia of the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010 (2nd ed.), p. 198 ss.

³⁶ Sul punto si vedano C. CLINTON, D. SRIDHAR, *Governing Global Health: Who Runs the World and Why?*, Oxford University Press, New York, 2017, *in specie* pp. 90-91.

³⁷ E ciò con buona pace dell'intento originale insito negli Statuti delle Agenzie specializzate dell'ONU (come l'OMS) ossia che i budget approvati derivassero sostanzialmente dai contributi degli Stati membri, e che i fondi volontari rappresentassero un'eccezione: cfr. M. Y. JUAN, L. LARRABURE, C. TERZI, *Voluntary Contributions in United Nations System Organizations: Impact on Programme Delivery and Resource Mobilization Strategies*, United Nations, Geneva 2007.

³⁸ C. CLIFT, J. A. RØTTINGEN, New Approaches to WHO Financing: The Key to Better Health, in British Medical Journal, 2018, p. 361 ss.

Д	MBIENTEDIRITTO

credibilità. Com'è stato rilevato, l'OMS ha perso la visione olistica che emerge dagli obiettivi sanciti nella sua Costituzione tramutatasi in una frammentazione operativa che corrisponde alle tre maggiori tendenze riscontrabili attualmente nell'architettura della governance della salute globale, proprie anche degli altri principali attori in questo campo (inter alia, World Bank, Global Fund to Fight HIV/AIDS, TB and Malaria, partenariati pubblico-privato come Gavi Alliance), ossia, in primo luogo, finanziamenti discrezionali privi di una prospettiva di lungo periodo; in secondo luogo, una governance multistakeholder, in contrasto con la tradizionale gestione istituzionale basata sugli Stati e sui processi negoziali; infine, in terzo luogo, interventi settoriali, specifici e non di base, ossia circoscritti a iniziative volte alla soluzione di singoli problemi, sganciati dagli auspicabili più ampi obiettivi sistemici da svilupparsi tramite la cooperazione multilaterale³⁹.

In estrema sintesi dunque, mi sembra che l'OMS, in quanto organizzazione intergovernativa dotata esclusivamente dell'autorità che i suoi Paesi membri sono (stati) disposti a darle, essendo tenuta a rispettarne la sovranità e a non interferire nei loro affari interni, dipendendo (prevalentemente) da contributi erogati in gran parte in modalità "vincolata" da finanziatori ratione personarum giuridicamente alquanto eterogenei, sia una sorta di gendarme con le armi spuntate o, per meglio dire, dato il settore di competenza, un medico privo di grandi risorse a cui il paziente, incline peraltro a nascondere o mistificare i sintomi, neghi talvolta il consenso a sottoporsi a una visita o rifiuti il trattamento sanitario, limitandosi al più ad accettare cure a lui gradite per patologie specifiche.

3. La timeline dell'approccio dell'Organizzazione mondiale della sanità all'emergenza sanitaria CoViD-19, dai primi focolai alla dichiarazione della pandemia.

Se ci focalizziamo specificamente sull'emergenza sanitaria in corso, una rapida analisi della cronologia delle misure adottate dall'OMS e dei conseguenti provvedimenti presi dai singoli Stati, nell'arco temporale che va dai primi casi di polmoniti anomale, dalle cause non ascrivibili a patogeni noti, all'11 marzo data in cui l'Organizzazione ha dichiarato ufficialmente la pandemia, sembra che i maggiori ritardi nella risposta al CoViD-19 siano da attribuire ai singoli governi nazionali. In effetti, tutto prende le mosse il 31 dicembre 2019, quando la Commissione Sanitaria Municipale di Wuhan (Cina) segnala all'OMS un *cluster* di casi di polmonite a eziologia ignota nella città di Wuhan, nella provincia cinese di Hubei⁴⁰. La notizia è subito condivisa e

³⁹ C. CLINTON, D. SRIDHAR, Who Pays for Cooperation in Global Health? A Comparative Analysis of WHO, the World Bank, the Global Fund to Fight HIV/AIDS, Tuberculosis and Malaria, and Gavi, the Vaccine Alliance, in The Lancet, vol. 390, issue 10091, January 27, 2017, p. 324 ss.

⁴⁰ Secondo un articolo retrospettivo, il primo caso di CoViD-19 confermato in laboratorio è un paziente i cui sintomi erano iniziati il 1° dicembre 2019: C. HUANG ET AL., Clinical Features of Patients Infected with 2019 Novel Coronavirus in Wuhan, China, in The Lancet, vol. 395, issue 10223, February 15, 2020, p. 497 ss. Immediatamente dopo, il 12 dicembre, le autorità sanitarie cinesi cominciano a investigare un cluster di pazienti con questa atipica polmonite virale, riscontrando, quale trait d'union fra i vari pazienti, la frequentazione del Seafood Wholesale Market di Wuhan, mercato noto per essere un wet market ossia un centro di vendita di pollame, pipistrelli, serpenti e altre specie in cui questi animali selvatici vengono ammassati, squartati vivi e macellati in condizioni e con precauzioni igienico-sanitarie alquanto precarie, per non dire inesistenti, favorendo il salto di specie - spillover - che dal pipistrello all'animale selvatico venduto nel mercato fino all'uomo entrato in contatto con quell'animale - ha dato il via all'attuale emergenza sanitaria. Data l'anamnesi di esposizione al mercato di Wuhan, le autorità ne

AMBIENTEDIRITTO	

divulgata dall'OMS che, il 10 gennaio, fornisce altresì tutte le istruzioni del caso (in particolare, suggerisce di evitare il contatto con individui sintomatici) pur non raccomandando alcuna restrizione ai viaggi per e dalla Cina⁴¹.

In effetti, tutti i casi - allora ancora un numero alquanto esiguo - erano concentrati a Wuhan e non era noto il fattore di contagiosità di questo virus, isolato per la prima volta il 7 gennaio. Il 12 gennaio la Cina comunica all'OMS la sequenza genetica del "nuovo" \(\mathbb{g}\)-coronavirus appena identificato in tre ceppi distinti. In esito a tale rapporto, l'Organizzazione chiede di poter inviare una missione *in loco*, ottenendo un secco rifiuto da parte della Cina.

Dalla lettura dell'articolato della sua Costituzione emerge che l'OMS non gode di un'autorità impositiva nei confronti dei propri Membri sicché, al netto di pressioni più o meno ascrivibili all'ampio spettro del soft power, un atteggiamento dell'Organizzazione più tranchant e perentorio avrebbe potuto compromettere la partnership della Cina, con conseguenze esiziali tanto per il contrasto della pandemia in corso, quanto, potenzialmente, per quelle future. A ogni buon conto, già due giorni dopo, il 14 gennaio, l'immunologa statunitense Maria Van Kerkhove, responsabile tecnica dell'OMS, avverte in conferenza stampa del rischio di una rapida diffusione del "nuovo" coronavirus⁴², ma questo avvertimento è ammortizzato da un tweet, sollecitato da un funzionario di medio livello dell'OMS ai responsabili dei social media dell'Organizzazione, che recita: «Preliminary investigations conducted by the Chinese authorities have found no clear evidence of human-to-human transmission of the novel coronavirus (2019-nCoV) identified in Wuhan, China»⁴³. Com'è tristemente noto, si tratta di un'affermazione in sè sbagliata, poiché come oggi sappiamo il virus si tramette (anche) tra esseri umani, ma occorre sottolineare che il tweet dell'OMS si limita a riportare quanto *ufficialmente* sostenuto, all'epoca, dal governo cinese⁴⁴.

Le prime avvisaglie del rischio reale rappresentato dal coronavirus arrivano il 20 gennaio, quando l'epidemiologo cinese, Zhong Nanshan, noto per aver coordinato la risposta all'epidemia di SARS nel 2003, in un discorso televisivo, spiega che le autorità locali di Wuhan hanno occultato la gravità dell'epidemia, che il contagio tra persone è

decidono la chiusura il 1° gennaio 2020, imponendo severe misure quarantenarie.

⁴¹ WHO, WHO advice for international travel and trade in relation to the outbreak of pneumonia caused by a new coronavirus in China, January 10, 2020, https://www.who.int/news-room/articles-detail/who-advice-for-international-travel-and-trade-in-relation-to-the-outbreak-of-pneumonia-caused-by-a-new-coronavirus-in-china/

⁴² S. Nebehay, *WHO Says New China Coronavirus Could Spread, Warns Hospitals Worldwide*, Reuters, January 14, 2020, https://www.reuters.com/article/us-china-health-pneumonia-who/who-says-new-china-coronavirus-could-spread-warns-hospitals-worldwide-idUSKBN1ZD16J

⁴³ https://twitter.com/who/status/1217043229427761152

⁴⁴ La Cina è stata diffusamente accusata da altri Stati e dai *media* internazionali di aver intenzionalmente nascosto la gravità dell'emergenza sanitaria nonché le informazioni che, viceversa, avrebbero dovuto essere condivise con la comunità scientifica internazionale. In particolare, l'approccio "negazionista-censorio" cinese, trova conferma nello stato detentivo a cui è stato sottoposto Li Wenliang, dopo essere stato interrogato e accusato di diffondere notizie false e allarmistiche dalla polizia nazionale, in quanto era stato uno dei primi medici a segnalare la possibilità che le atipiche e gravi polmoniti di Wuhan di fine 2019 fossero causate da un coronavirus ignoto. Li Wenliang si è ammalato, ed è poi morto, ai primi di febbraio, proprio di CoViD-19. Peraltro, non può non riconoscersi che bilanci ampiamente sottostimati tanto di contagi quanto di decessi siano stati forniti anche da molti Paesi occidentali. Sulle accuse rivolte alla Cina e sugli eventuali sviluppi di queste accuse, sia consentito rinviare a A. LATINO, Coronavirus: Global Watch Cina, ISPI, maggio 2020, https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/coronavirus-difficile-processare-la-cina-26109.

AMBIENTEDIRITTO

rapido, che i medici entrati in contatto con i pazienti affetti da CoViD-19 stanno morendo e che dunque bisogna evitare di recarsi a Wuhan⁴⁵.

Il 22 gennaio l'*Emergency Committee* (EC) dell'OMS, istituito *ad hoc* ex art. 48 dell'IHR, discute se dichiarare o no una *Public Health Emergency of International Concern* (PHEIC), ossia se acclarare formalmente un'emergenza sanitaria avvertendo la comunità internazionale della gravità della nuova minaccia in atto per la salute pubblica globale⁴⁶. In seno all'EC, composto da esperti provenienti da vari Paesi del mondo (*inter alia*, Arabia Saudita, Australia, Canada, Corea del Sud, Francia, Giappone, Nuova Zelanda, Paesi Bassi, Russia, Senegal, Singapore, Stati Uniti, Svezia, Tailandia)⁴⁷, vi è chi reputa opportuno dichiarare una PHEIC a fronte dell'incremento dei contagi e delle evidenze quanto alla gravità del CoViD-19 e chi invece è contrario in virtù delle stringenti misure di contenimento adottate dalla Cina, come il *lockdown* dell'intera regione dell'Hubei, in combinato disposto con l'esiguo numero di casi registrati all'estero⁴⁸. Questa situazione di *impasse* dell'EC, che - merita sottolineare - non è imputabile esclusivamente alla Cina a fronte della ricordata eterogenea nazionalità dei suoi componenti⁴⁹, si conferma anche il giorno successivo sicché il Direttore Generale dell'OMS, "congela" la decisione, perché non supportata da un'unanimità di vedute o, quantomeno, da una schiacciante

⁴⁵ Secondo la ricostruzione del New York Times (https://www.nytimes.com/2020/04/16/health/WHO-Trumpcoronavirus.html) Zhong, inviato nell'Hubei dal governo cinese, proprio in virtù dell'enorme credito e autorevolezza acquisiti durante l'epidemia di Sars, aveva potuto sbugiardare Zhou Xianwang, sindaco di Wuhan, funzionario in ascesa del partito comunista cinese, accusandolo di aver minacciato i dottori che denunciavano la gravità del coronavirus e di aver dato false rassicurazioni alla popolazione, affermando che la trasmissione del contagio era molto limitata, per impedire che venisse annullato un congresso locale del partito e il relativo banchetto collettivo, svoltosi di fatto il 18 gennaio con il coinvolgimento di 40mila famiglie residenti a Wuhan, con le conseguenze, quanto alla diffusione del virus, che oggi sono tristemente note. Sono dunque 11 i giorni che intercorrono tra la morte di un uomo di 61 anni per CoViD-19 e l'ammissione pubblica di Zhong Nanshan alla tv di Stato circa la diffusione di un nuovo virus: cfr. la ricostruzione di una sorta di sliding doors del contagio a cura di B. SIMONETTA, Coronavirus, gli 11 giorni di Wuhan che avrebbero potuto salvarci dalla pandemia, in Il Sole 24 ore, 6 aprile 2020, https://www.ilsole24ore.com/art/coronavirus-11-giorni-wuhan-che-avrebbero-potuto-salvarci-pandemia-ADyEnWI ⁴⁶ La nozione di "emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale" è una delle principali innovazioni introdotte dall'IHR: dalla sua adozione sono state dichiarate PHEIC la pandemia da H1N1 (detta impropriamente "febbre suina") nell'aprile del 2009, i focolai di poliomielite da poliovirus selvatico in alcuni Paesi (in specie: Afghanistan, Cameroon, Guinea equatoriale, Etiopia, Israele, Nigeria, Pakistan, Somalia, Siria) nel maggio del 2014, l'ebola nell'Africa occidentale nell'agosto del 2014, l'epidemia da Zika virus nel febbraio 2016, l'ebola nel Congo nell'agosto 2018.

⁴⁷ Nel 2009, durante la pandemia di H1N1, la decisione di mantenere segreta l'identità dei sedici membri del Comitato, al fine di proteggerli da influenze esterne, aveva contribuito a sollevare sospetti di collusione tra l'OMS e l'industria farmaceutica, dal momento che era stata la raccomandazione di questo Comitato a indurre il Direttore Generale dell'OMS a dichiarare una pandemia il che aveva innescato una corsa all'acquisto di vaccini, rivelatasi in seguito grandemente sovradimensionata rispetto alle effettive esigenze e necessità. Sulla base di questo precedente, l'elenco dei membri e dei consulenti del Comitato d'emergenza costituito *ad hoc* sulla base dell'IHR per il CoViD-19 è oggi pubblico ed è rinvenibile all'indirizzo web https://www.who.int/ihr/procedures/novel-coronavirus-2019/ec-22012020-members/en/

⁴⁸ J. BORGER, *Caught in a Superpower Struggle: The Inside Story of the WHO's Response to Coronavirus*, in *The Guardian*, April 18, 2020, https://www.theguardian.com/world/2020/apr/18/caught-in-a-superpower-struggle-the-inside-story-of-the-whos-response-to-coronavirus

⁴⁹ Piuttosto va ricordato che del coro di elogi facevano parte inizialmente anche gli Stati Uniti, come si evince dal *tweet* del Presidente Trump del 24 gennaio: «China has been working very hard to contain the Coronavirus. The United States greatly appreciates their efforts and transparency. It will all work out well. In particular, on behalf of the American People, I want to thank President Xi!». https://twitter.com/realdonaldtrump/status/1220818115354923009

AMBIENTEDIRITTO

maggioranza dei suoi membri, e, nelle more della sua riconvocazione, decide di recarsi personalmente in Cina, il 28 gennaio, per incontrare il Presidente Xi Jinping. Al rientro da tale visita ufficiale, pur lodando pubblicamente la gestione cinese dell'epidemia, convoca nuovamente l'EC che, il 30 gennaio, a fronte di 4.537 casi confermati in Cina e 56 all'estero, dichiara l'emergenza internazionale. L'OMS il 28 febbraio 2020 eleva la minaccia al livello mondiale per l'epidemia del "nuovo" coronavirus a livello "molto alto" e, infine, l'11 marzo, dichiara il CoViD-19 una pandemia: nelle parole del suo Direttore «WHO has been assessing this outbreak around the clock and we are deeply concerned both by the alarming levels of spread and severity, and by the alarming levels of inaction (...) Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death. Describing the situation as a pandemic does not change WHO's assessment of the threat posed by this virus. It doesn't change what WHO is doing, and it doesn't change what countries should do»50. Dunque, il sotto-testo sembra indicare una risoluzione più formale che sostanziale volta a sensibilizzare i molti Paesi che, diversamente dall'OMS, non stavano prendendo abbastanza seriamente l'emergenza sanitaria, atteggiamento che, purtroppo a tutt'oggi, continua a essere proprio di alcuni Paesi a fronte di circa 18 milioni di casi confermati nel mondo e quasi 700mila decessi⁵¹.

4. Brevi osservazioni conclusive.

Alla luce delle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi può ritenersi che la narrativa del CoViD-19 ha registrato molti capitoli tutti riconducibili a una situazione di precarietà e incertezza sia a livello accentrato (l'OMS), sia a livello nazionale (i singoli Stati), sia a livello locale (basti pensare ai differenti e altalenanti approcci delle regioni italiane). In particolare, l'atteggiamento dell'OMS nei confronti della Cina, premesso che monitorare un'epidemia è un'operazione estremamente complessa, ancor di più se si è i primi a essere colpiti, per giunta da un virus ignoto, è stato da alcuni ritenuto troppo accomodante e indulgente, viceversa, da altri è stato interpretato come il tentativo diplomatico volto a ottenerne la necessaria collaborazione. Tentativo riuscito in parte se si pone mente a come l'iniziale rifiuto della Cina di autorizzare una visita in loco di una delegazione OMS di ispettori sanitari, abbia ceduto il passo, seppur con riluttanza, al dispiegamento, dal 16 al 24 febbraio, della WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019, composta da 25 esperti provenienti da Cina, Germania, Giappone, Corea, Nigeria, Russia, Singapore, Stati Uniti d'America, guidata congiuntamente dal dottor Bruce Aylward dell'OMS e dal dottor Wannian Liang della Repubblica Popolare Cinese⁵².

In effetti, l'Organizzazione, per una precisa scelta posta in essere dai Paesi che hanno redatto la sua Costituzione, ossia di non dotarla di poteri autoritativi propri di accesso, di ispezione e di accertamento sul territorio dei suoi Stati membri, non può istruire

⁵⁰ WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, March 11, 2020, https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020

⁵¹ I dati aggiornati in tempo pressoché reale sono reperibili nel *WHO Coronavirus Disease (CoViD-19) Dashboard*: https://covid19.who.int/

⁵² Cfr. Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf

AMBIENTEDIRITTO

indagini indipendenti in mancanza di un loro espresso consenso. In effetti, se è vero - ed è vero - che l'OMS a livello internazionale è l'ente che par excellence è in grado di rivestire il ruolo di coordinatore di una risposta globale a un'emergenza sanitaria della magnitudo del CoViD-19, è altresì vero che non gode di alcun tipo di giurisdizione, né di poteri sanzionatori nei confronti dei suoi Membri, sicché ogni Paese, sulla base della propria percezione quanto all'importanza da attribuire alle minacce sanitarie acclarate dall'Organizzazione, decide se e quanto conformarsi alle raccomandazioni adottate sotto la sua egida, con risposte che si collocano in uno spettro che spazia dalla più ampia adesione, a un atteggiamento soi disant "negazionista", nonché addirittura, come accennato in incipit al presente contributo, alla rottura delle relazioni con la stessa Organizzazione e dunque all'interruzione dei finanziamenti, con un ovvio effetto boomerang sulle sue capacità di governance globale e coordinata.

Proprio la posizione che da ultimo hanno assunto gli Stati Uniti nei confronti dell'OMS, frutto, a mio avviso, del calcolo politico di chi cerca di fuggire dalle proprie responsabilità, posto che il CoViD-19 ha messo a nudo (anche) la fragilità di molti sistemi sanitari, evidenziando altresì, dato l'elevato numero di infezioni registrate tra il personale sanitario, l'inadeguatezza delle misure di controllo delle infezioni in ambito nosocomiale, potrà tradursi in scenari alternativi quali il declino della leadership americana a favore di altri, in primis, quasi paradossalmente, proprio dalla Cina in virtù di questa specie di Silk Road in chiave sanitaria costituita dalla c.d. diplomazia delle mascherine; ovvero una sorta di mutamento genetico della globalizzazione che degraderebbe in una versione multilaterale-atomizzata; o ancora il riemergere delle mai del tutto sopite istanze di regimi-nazionalisti favorite da un coagulato consenso quanto all'esigenza un incisivo controllo sociale. funzionale all'adozione all'implementazione di misure volte a limitare il contagio del virus, con buona pace degli anticorpi democratici dell'opinione pubblica. Di fatto, al netto di esercizi predittivi dall'esito incerto, l'attuale emergenza sanitaria registra quale vera e propria missing in action una cooperazione accentrata e coordinata fra i vari Paesi della comunità internazionale, sostituita di fatto dall'(improvvis)azione scomposta e unilaterale dei singoli governi, a volte ulteriormente frammentata a livello locale, con cui si cerca di domare la cinetica dell'emergenza sanitaria in corso.

Se dunque, in buona o cattiva fede, la Cina ha dato mostra di ignorare o sottovalutare il legame tra eventi locali e ricadute globali secondo il noto effetto-Lorenz che, nell'attuale caso del CoViD-19, ben può essere declinato sostituendo il battito dell'ala di una farfalla con quella di un pipistrello, e quindi di aver sminuito il portato essenziale del binomio trasparenza-tempestività quanto alla condivisione dei dati sanitari, non mi sembra che, del pari, la consapevolezza dell'urgenza di una triplice solidarietà «scientifica, finanziaria e politica»⁵³, sia stata del tutto acquisita dalla comunità internazionale, anche in considerazione del fatto che alcuni Paesi sembrano ignorare come l'attuale tasso di contagio in alcune zone geografiche e i possibili ritorni pandemici siano al contempo la base e l'acceleratore di questa globalizzazione della vulnerabilità.

⁵³ Il Direttore Generale, nel rivendicare il ruolo dell'OMS quale catalizzatore della risposta internazionale alle crisi sanitarie, ha affermato che la pandemia da CoViD-19 è un test contro « a common enemy that does not respect borders or ideologies» e ha fatto appello alla solidarietà, in questa triplice declinazione, fra i soggetti della comunità internazionale: cfr. il frame del video della conferenza stampa dell'11 febbraio 2020 rinvenibile all'indirizzo web https://www.theguardian.com/world/video/2020/feb/11/coronavirus-test-global-solidarity-who-director-video

AMBIENTEDIRITTO

SALUS REI PUBLICAE E LEGALITÀ ALLA PROVA DELL'EMERGENZA DA COVID-19

Inediti strumenti di gestione dei D.P.C.M.*

Antonio Mitrotti*

Sintesi: Si sarebbe senza dubbi preferito che non fosse mai accaduta un'emergenza di simile portata, il Covid tuttavia ha costituito, e costituisce, un (ci si augura assolutamente) irripetibile momento di riflessione per gli studiosi del diritto pubblico: *in primis* sul, fondamentale, concetto della *Salus Rei Publicae*, in secondo luogo sul (ricollegabile) rispetto del "principio di legalità" nell'esercizio del potere politico e del potere amministrativo (ed a maggior ragione in assenza di una generale disciplina costituzionale sulle emergenze) nonché, in terzo luogo, sulla 'ineliminabile' necessità di una piena, generale ed effettiva tutela giurisdizionale contro ogni atto della Pubblica Amministrazione, compresi gli stessi, inediti, D.P.C.M. intervenuti nella ('reale') gestione dell'emergenza epidemiologica. In generale, la nozione di *Salus Rei Publicae* (per quanto *Suprema Lex*) è ambiguamente strumentalizzabile: in nome di essa non è affatto escluso che nel nostro ordinamento la cattiva gestione politica di un'emergenza, ancorché teoricamente ergendosi a paladina della "salvezza repubblicana", conduca - di fatto - ad una vera e propria *Mors Rei Publicae*, immaginabile tramite il soffocamento (più che un "bilanciamento sfavorevole") - posto ben al di là ed al di fuori dei "poteri costituiti" - degli essenziali principi sottesi alla immodificabile forma repubblicana. Da qui è apparso estremamente determinante focalizzarsi sulla precisa natura giuridica dei D.P.C.M. intervenuti sul Covid-19: per ragionare su quali effetti, questi inediti strumenti di gestione dell'emergenza, abbiano 'prodotto' sulla nostra *Salus Rei Publicae*.

Abstract: It would have been undoubtedly preferred that an emergency of such magnitude never occurred, Covid nevertheless constituted, and constitutes, a (hopefully absolutely) unrepeatable moment of reflection for scholars of public law: first of all, fundamental, Salus Rei Publicae concept, secondly on (linkable) respect for the "principle of legality" in the exercise of political and administrative power (and even more in the absence of a general constitutional discipline on emergencies) as well as, thirdly, on the 'unavoidable' need for full, general and effective judicial protection against any act of the Public Administration, including the same, unpublished, Prime Ministerial Decree intervened in the ('real') management of the epidemiological emergency. In general, the concept of Salus Rei Publicae (however Supreme Lex) is ambiguously exploitable: in the name of it, it is by no means excluded that in our legal system the bad political management of an emergency, even if theoretically rising up as a champion of "republican salvation", lead - in fact - to a real Mors Rei Publicae, imaginable through suffocation (rather than an "unfavourable balance") - placed far outside the established powers - of the essential values of the republican form. From here it seemed extremely decisive to focus on the precise legal nature of the D.P.C.M. on Covid-19: to reflect on what effects, these unpublished emergency management tools, have 'produced' on our Salus Rei Publicae.

^{*} Il presente contributo costituisce la versione integrata (ampliata ed aggiornata) di un programmato, e più limitato, intervento di prossima pubblicazione, segnatamente destinato a confluire all'interno di un volume collettaneo curato dal Professor Gian Paolo Dolso - dell'Università degli Studi di Trieste - sul, sensibile, tema delle complesse problematiche (costituzionalistiche e non solo) sottese al *Coronavirus*.

^{**} Dottore di ricerca in diritto pubblico comparato presso l'Università degli studi di Teramo (cultore della materia in diritto pubblico presso l'università 'La Sapienza' di Roma e nelle materie di diritto costituzionale ed amministrativo presso l'Università degli studi di Trieste).

AMBIENTEDIRITTO	
THIRDILLITEDIRGITO	

Parole chiave: D.P.C.M. - Covid-19 - Emergenza sanitaria italiana - Gestione statale dell'emergenza - Alta Amministrazione.

Keywords: D.P.C.M. - Covid-19 - Italian health emergency - State emergency management - High Administration.

SOMMARIO. 1. Introduzione. - **2.** Sulla nozione di *Salus Rei Publicae.* - **3.** Cenni sul basilare principio di legalità dell'azione amministrativa. - **4.** Brevi considerazioni sulla gestione dell'emergenza epidemiologica e sul suo inedito (e vigoroso) utilizzo dello strumento dei D.P.C.M.: regolamenti od atti amministrativi generali?. - **5.** Una diagnosi sullo stato di salute della Repubblica italiana dopo il Covid-19.

AMBIENTEDIRITTO	

1. Introduzione.

«Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" [si pone] come problema costituzionale e amministrativo»¹, al tempo stesso, per la Repubblica italiana. In effetti, il Covid-19 ha drammaticamente contribuito nel far ri-emergere alle coscienze di tantissimi giuspubblicisti profonde riflessioni su problematiche giuridiche che - di per sé - sarebbero definibili come "di scuola" per il "diritto pubblico italiano", eppure, ciò nonostante, sostanzialmente messe in disparte prima della tragica e recentissima diffusione del Virus che ha afflitto l'Italia ed il mondo intero.

Si pensi solo alle rinnovate riflessioni sulla disciplina dello "stato di emergenza², ai numerosi suggerimenti circa l'opportunità (politica) di una sua costituzionalizzazione ed alle plurime pubblicazioni comparse sui 'correlabili' aspetti (filosofici e sociologici, oltre che ai profili marcatamente giuridici) sottesi al, così detto, "stato di eccezione"³, passando, poi, per la nuovissima attenzione riposta sul "principio di legalità" (formale e sostanziale) nell'esercizio del potere, sui suoi pregnanti 'effetti di garanzia' costituzionale per le situazioni giuridiche soggettive dei cittadini e, non di meno, sulle

¹ U. Allegretti, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020 (reperibile su www.forumcostituzionale.it).

³ Ex multis, A. VENANZONI, L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentale e stato di eccezione, in www.forumcostituzionale.it; E. A. IMPARATO, Lo Stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra Stato di diritto e sindacato di conformità, in Consulta Online, 22 giugno 2020; F. DE VANNA, Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19, in Nomos. Le attualità del diritto, n. 2/2020; G. AZZARITI, Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione, in Costituzionalismo.it, n. 1/2020.

² Si tratta di una tematica su cui l'attenta dottrina si era, in verità, già da tempo diffusamente soffermata; si confrontino, ex multis, V. Angiolini, Necessità ed emergenza nel diritto pubblico, Padova, Cedam, 1986; P. Pinna, L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano, Milano, Giuffrè, 1988; F. MODUGNO - D. NOCILLA, Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, Giuffrè, 1988, Volume 3, pp. 513-553; G. P. Dolso, Emergenza, diritto alla salute e interesse nazionale, in Le Regioni, n. 6/1999, pp. 1158-1165; G. MARAZZITA, L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli, Milano, Giuffrè, 2003; F. VARI, Necessitas non habet legem? Alcune riflessioni sulle situazioni di emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano, in Rivista di Diritto costituzionale, n. 1/2003, pp. 189-211; A. BENAZZO, L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza, Torino, Giappichelli, 2004; R. CAVALLO PERIN, Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica, in Diritto Amministrativo, n. 4/2005, pp. 777-841; F. DE LEONARDIS, Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza, in Il Foro Amministrativo - CdS, n. 10/2005, pp. 3118-3130; G. BERGONZINI, La competenza esclusiva del TAR Lazio in materia di provvedimenti conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza: profili di possibile incostituzionalità, in Il Foro Amministrativo - TAR, n. 7-8/2006, pp. 2348-2396; P. BONETTI, Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche, Bologna, il Mulino, 2006; C. PINELLI, Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana, in Diritto Pubblico, n. 2/2009, pp. 317-338; M. GNES, La competenza giurisdizionale sui provvedimenti adottati durante lo stato di emergenza, in Giornale di Diritto Amministrativo, n. 10/2007, pp. 1051-1064; G. RAZZANO, L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Bari, Cacucci Editore, 2010; A. CARDONE, La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, Giappichelli, 2011; G. MARAZZITA, Il sindacato sul 'giudizio di necessità' dell'emergenza di protezione civile, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 3/2012, pp. 2424-2433; T. FENUCCI, Necessità, emergenza e diritti fondamentali, in Rassegna Parlamentare, n. 3/2014, pp. 535-594; L. BUSCEMA, Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà di un ordinamento democratico, in Democrazia e sicurezza, n. 1/2017, pp. 39-108; M. Trogu, La costituzionalizzazione dell'emergenza in Italia, in Democrazia e sicurezza, n. 1/2017, pp. 175-200; G. RENZI, La sicurezza nell'emergenza: una proposta di lettura attraverso il decreto n. 113 del 2018, in Democrazia e sicurezza, n. 2/2018, pp. 47-90; E. C. RAFFIOTTA, Norme d'ordinanza. Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative, Bologna, Bononia University Press, 2020.

AMBIENTEDIRITTO	

ricollegabili forme di un pieno ed effettivo sindacato giurisdizionale per le diverse (e talora patologiche) fattispecie inverate nell'ambito dell'attraversata gestione dell'emergenza epidemiologica.

Sul piano strettamente giuridico è evidente che la minaccia epidemiologica del Covid-19 abbia coinvolto, *ex se*, l'ordinamento italiano nel suo "intero complesso": tuttavia alla (non semplice) analisi cui il giurista è, per vocazione, sempre chiamato ad assolvere non può (e non deve) sfuggire la considerazione di due importanti chiavi di lettura metodologica.

In primis, a nessuna branca del diritto risulta possibile precludere il (necessario) passaggio per il versante - squisitamente costituzionalistico - dei meccanismi di cui oggi la "fonte super primaria" dell'ordinamento (ossia la Costituzione repubblicana del '48) dispone per affrontare, nonché per 'superare', le 'imprevedibili' emergenze che minacciano la (salute stessa della nostra) Repubblica (ossia la Salus Rei Publicae). Un passaggio obbligatorio, per lo meno al fine dell'assicurazione degli inscindibili profili di un'effettiva garanzia dei diritti e delle libertà, concretamente, coinvolte nella gestione dell'emergenza epidemiologica, senza oltretutto trascurare che mai si potrebbero ignorare gli aspetti - di natura tipicamente amministrativa - inerenti all'esistente rapporto dialettico tra 'il potere pubblico' (esercitato nelle fasi di gestione emergenziale) ed i 'soggetti privati' destinatari dei provvedimenti posti in essere dalle "Autorità competenti".

Da ciò discende, in secondo luogo, che (sotto altra e diversa angolazione di lettura) l'analisi della gestione emergenziale del *Coronavirus* non possa prescindere dallo studio delle relazioni intercorse tra le 'regole' per il legittimo esercizio del potere ed il sensibile piano di garanzia per la tutela giurisdizionale (piena, generale ed 'effettiva') delle posizioni giuridiche soggettive concretamente incise dai provvedimenti delle "Autorità competenti" alla gestione dell'emergenza. Si sarebbe senza dubbi preferito che non fosse mai accaduta un'emergenza dalla simile portata (nazionale): il Covid tuttavia ha costituito, e costituisce, un (ci si augura assolutamente) irripetibile momento di riflessione.

In primis sul, fondamentale, concetto della Salus Rei Publicae.

In secondo luogo sul (ricollegabile) rispetto del "principio di legalità" nell'esercizio del potere politico e del potere amministrativo: il che a maggior ragione in assenza di una 'generale' disciplina costituzionale sulle emergenze repubblicane.

In terzo luogo, sulla necessità (anche in emergenza) di una piena, generale ed effettiva tutela giurisdizionale contro ogni atto della Pubblica Amministrazione, compresi gli stessi, inediti, D.P.C.M. intervenuti nella ('reale') gestione della minaccia epidemiologica del Covid.

Da qui (senza voler drammatizzare) passa - a parere di chi scrive - la via di un essenziale 'recupero' (più che di un mantenimento) delle coordinate costituzionali sottese alla ('salvezza' e/o sicurezza della) Repubblica italiana.

2. Sulla nozione di Salus Rei Publicae.

E' cosa sin troppo nota che al concetto della *Salus Rei Publicae* si siano appellate numerosissime, e talora machiavelliche, decisioni politiche, le quali - pur al netto dell'asperità propria delle 'avvertite' minacce per le "comunità collettive" - hanno, soventemente, finito per incidere (non senza irragionevolezze) sui rapporti tra "Autorità

AMBIENTEDIRITTO

e Libertà"⁴ (tra governanti e governati), connotandosi, non di rado, per avere, oggettivamente, adottato delle "impopolari" misure restrittive della sfera giuridica soggettiva dei consociati, sebbene ispirate, dichiaratamente, alla - così detta - "ragion di Stato". Meno noto, forse, è che la *Salus Rei Publicae* (per quanto "*Suprema Lex*") non possa evitare di raccordarsi con la forma di Stato (e di Governo) cui inerisce⁵.

Sicché, in quest'ottica, non viene affatto difficile immaginare che la piena realizzazione della *Salus Rei Publicae* sia stata accompagnata dall'assenza sostanziale di qualsivoglia limitazione per gli "impopolari" provvedimenti adottati in una forma di Stato assoluto (con un potere sovrano *legibus solutus*) o totalitario, né - tanto più - si fatica nel comprendere l'elasticità dei limiti costituzionali collocati a monte dei provvedimenti amministrativi posti in essere in una forma di Stato liberale a Costituzione flessibile.

Ben diversa - piuttosto - è la sussistenza (e la capacità 'impositiva') delle ragioni della Salus Rei Publicae in una forma di Stato Costituzional-democratica: laddove il modello di una Costituzione rigida fissa un limite all'esercizio del potere politico, determinando, a cascata, i confini (oggettivi e soggettivi) entro cui il potere pubblico (orientato al soddisfacimento di finalità individuate dalla legge) può incidere sulla sfera giuridica soggettiva dei cittadini. Oggi, dunque, l'antica "ragion di Stato" perde, in sostanza, l'indefinita estensione dei propri confini politici, per irreggimentarsi nei 'limiti' consacrati dalla Costituzione di una forma di Stato Costituzional-democratica: in cui però non viene affatto meno il principio della Salus Rei Publicae.

Soprattutto per l'Italia - Paese tristemente abituato alle emergenze - non sarebbe fantasioso sostenere che il, nodale, concetto della *Salus Rei Publicae* (dopo numerosi secoli dallo storico insegnamento culturale degli antichi Romani⁶) abbia trovato nel testo

⁴ Il riferimento al rapporto tra autorità e libertà o, se si preferisse, tra governanti e governati è - sotto la sua duplice e peculiare accezione di rapporto tra autorità e singolo individuo, da una parte, nonché tra autorità e collettività periferiche, dall'altra - concetto sicuramente complesso; posto a base della, per altro non semplice, attività d'analisi volta all'individuazione dei criteri discretivi fra le diverse forme di Stato; si veda, *ex multis*, L. PERGORARO - A. REPOSO - A. RINELLA - R. SCARCIGLIA - M. VOLPI, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 183 ss. Più di recente si rinvia (anche in relazione all'emergenza Covid-19) a D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020, pp. 1-25.

⁵ Ex plurimis, si confrontino due emblematiche decisioni della Corte costituzionale: C. cost., sentt. 6 giugno 2012, n. 151; 7 aprile 2014, n. 89. Appare significativo rimandare, ex multis in dottrina, a C. PINELLI, Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato, Napoli, Jovene, 2007; L. D'ANDREA - L. RISICATO - A. SAITTA (a cura di), Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche, Torino, Giappichelli, 2013; N. GALLO - T. F. GIUPPONI (a cura di), L'ordinamento della sicurezza. Soggetti e funzioni, Milano, Franco Angeli, 2014; F. PASTORE, Brevi considerazioni a margine del dibattito su giustizia politica e ragion di Stato, reperibile su www.forumcostituzionale.it; E. RINALDI, Arcana Imperii. Il segreto di Stato nella forma di governo italiana, Napoli, Jovene, 2016; A. STERPA, La libertà dalla paura. Una lettura costituzionale della sicurezza, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019. Sottolinea l'esigenza che il richiamo alla Salus Rei Publicae non possa essere disgiunto da una riflessione sulla forma di Stato G. A. FERRO, La "neutralità" contingente e il suo custode. Contributo allo studio del ruolo del Capo dello Stato nella formazione dei "governi tecnici": l'esperienza costituzionale italiana, Catania, Torre editore, 2018, passim (ma, in particolare, 186 ss.). Sia - inoltre - consentito il riferimento alle ricostruzioni sviluppate nel mio A. MITROTTI, Brevi considerazioni sulla disciplina del segreto di Stato, in Osservatorio AIC, n. 2/2018, pp. 1-19.

⁶ Sull'origine ciceroniana del motto di "Salus Rei Publicae suprema lex" si veda la diffusa ricostruzione in N. Bobbio, Teoria dell'ordinamento giuridico, Torino, Giappichelli, 1960; N. Bobbio, Elogio della mitezza e altri scritti morali, Milano, Il Saggiatore, 2014.

della Carta repubblicana del '48⁷ e nella sua stessa interpretazione giurisprudenziale⁸ il definitivo riconoscimento, politico (*in primis*) e giuridico (in secondo luogo). Infatti - posta la doppia declinabilità assiologica della Costituzione⁹ quale patto politico per antonomasia ed al contempo quale fonte super primaria dell'ordinamento repubblicano - la *Salus Rei Publicae* finisce per imporsi sul piano squisitamente politico come limite più o meno esplicito per ogni procedimento di revisione costituzionale ed a maggior ragione per qualsiasi atto politico¹⁰, mentre sul piano strettamente giuridico (pur nell'estrema difficoltà interpretativa dei suoi esatti 'confini' concettuali) ha, pure, assunto i veri e propri connotati di un "principio supremo dell'ordinamento costituzionale", quand'anche, per alcuni, un vero e proprio «*valore superprimario*»¹¹. Non si ignorano qui - di certo - le difficoltà interpretative e le vischiosità applicative

⁷ Ex multis, C. Mortati, voce Costituzione, in Enciclopedia del Diritto, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 140 ss. (in particolare p. 192); M. Luciani, Atti normativi e rapporti fra Parlamento e Governo davanti alla Corte costituzionale, in AA. VV., Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida, Milano, Giuffrè, 2011, p. 1173 ss.; V. Teotonico, La scienza giuridica tra esigenze di innovazione e continuità costituzionale, in Rivista AIC, n. 2/2016, p. 16 ss. In relazione alla recente crisi epidemiologica da Covid-19 si confronti altresì M. Luciani, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Consulta Online, 11 aprile 2020, p. 4 ss.; M. Calamo Specchia, Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19", in Osservatorio AIC, n. 3/2020, pp. 142-173; M. Carrer, Salus Rei Publicae e Salus Animarum, ovvero sovranità della Chiesa e laicità dello Stato: gli artt. 7 e 19 Cost. ai tempi del Coronavirus, in Biolaw Journal, n. 2/2020; E. Grosso, Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell'emergenza. E' proprio vero che "nulla potrà più essere come prima"?, in Federalismi.it (Editoriale - 27 maggio 2020), n. 16/2020, p. VII ss.; A. Lucarelli, Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria, in Rivista AIC, n. 2/2020, p. 566 ss.

⁸ Si confrontino, *ex multis*, le seguenti decisioni della giurisprudenza costituzionale: C. cost., sentt. 14 aprile 1976, n. 82; 24 maggio 1977, n. 86; 1 febbraio 1982, n. 15; 10 aprile 1998, n. 110; 16 dicembre 1998, n. 410; 10 novembre 2000, n. 487; 3 aprile 2009, n. 106; 23 febbraio 2012, n. 40; 13 febbraio 2014, n. 24. Si tratta, altresì, di un orientamento recepito e consolidato nella stessa giurisprudenza amministrativa, da ultimo si confrontino *ex plurimis*: T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. Prima, sent. 28 ottobre 2013, n. 530; T.A.R. Lazio, Sez. Seconda Quater, sent. 1 settembre 2015, n. 983; T.A.R. Lazio, Sez. Seconda Quater, sentenze 7 marzo 2016, n. 2915 e 29 settembre 2016, n. 9973, Cons. St., Sez. II, sent. 11/06/2020, n. 3719.

⁹ Sul punto si rimanda a quanto efficacemente, e brillantemente, ricostruito in R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 119 ss.

¹⁰ Ex plurimis, E. Sica, Del potere e degli atti politici, in Rassegna di Diritto Pubblico, n. 3/1948, pp. 455-471; E. Cheli, Atto politico e funzione di indirizzo politico, Milano, Giuffrè, 1961; F. Satta, Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico, Padova, Cedam, 1969; M. Dogliani, Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale, Napoli, Jovene, 1985; M. Fioravanti, Costituzione e Stato di diritto, in Filosofia politica, n. 2/1991, pp. 325-350; M. Fioravanti, Principio di legalità e Stato di diritto, in "Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari", Quaderno n. 5, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 25-32; R. Bin, Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere, Bologna, il Mulino, 2004; V. Cerulli Irelli, Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione', in Diritto Pubblico, n. 1/2009, pp. 101-134; G. Tropea, Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico, in Diritto Amministrativo, n. 3/2012, pp. 329-414 ss.; D. Messineo, Atti politici, Stato di diritto, strumenti di verifica della giurisdizione, in Diritto Amministrativo, n. 4/2013, pp. 717-748. Più di recente sia consentito il riferimento al mio A. MITrotti, L'Atto politico: riflessioni intorno ad un istituto perennemente in 'tensione' tra scienza costituzionale ed amministrativa, in Nomos. Le attualità del diritto, n. 1/2020.

¹¹ G. Morbidelli - L. Pergoraro - A. Reposo - M. Volpi, *Diritto Pubblico Comparato*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 135. Più diffusamente si confrontino, altresì, (ex multis) G. Cerina Feroni - G. Morbidelli, *La sicurezza: un valore super-primario*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2008, pp. 31-44; A. Torre (a cura di), Costituzioni e sicurezza dello Stato, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2013; T. F. Giupponi, *La sicurezza come valore fondamentale*, in *Rassegna di Diritto Pubblico europeo*, n. 2/2019, pp. 233-259. Sul valore della sicurezza in relazione alla controversa tematica delle ordinanze extra ordinem si leggano G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2016, pp. 33-70; E. C. Raffiotta, *Norme d'ordinanza*.

AMBIENTEDIRITTO	

discendenti dai concetti dei «limiti impliciti»¹² e dei «principi supremi dell'ordinamento costituzionale»¹³.

Tuttavia appare difficilmente contestabile che la *Salus Rei Publicae* costituisca il "nucleo essenziale" della Carta repubblicana italiana, per lo meno se declinassimo la nozione di "Salvezza della Repubblica" (tradotto letteralmente) sul piano di una (necessaria) garanzia della "forma" repubblicana (*ex art.* 1 e 139 Cost.), della sua strutturale 'unitarietà' (*ex art.* 5 e 87 Cost.) e - non di meno - dei "principi" costituzionalmente racchiusi nella, stessa, formula di "*Repubblica democratica*".

Del resto, solo per un esempio, rimane tuttora ben scolpita nella memoria di chiunque l'interpretazione con la quale Livio Paladin considerava la forma repubblicana come un "insuperabile limite" «contraddistinto da un'amplissima portata» ¹⁵,

Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative, Bologna, Bononia University Press, 2020.

¹² Ex multis, P. VIRGA, La revisione costituzionale, Palermo, Montaina, 1948; P. BISCARETTI DI RUFFIA, Sui limiti della revisione costituzionale, Napoli, Jovene, 1949; R. RONZA, Sviluppo della società e problemi di revisione costituzionale, in Il Mulino, n. 1/1966, pp. 20-26; F. BASSANINI, I limiti della revisione costituzionale, Milano, Giuffrè, 1967; S. M. CICCONETTI, La revisione della Costituzione, Padova, Cedam, 1972; G. CHIARELLI, Elasticità della Costituzione, in Scritti di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 1977, p. 329 ss.; A. CERRI, Le fonti del diritto, problemi generali. Lezioni, Trieste, 1990, p. 37 ss.; A. CERRI, voce Revisione costituzionale, in Enciclopedia giuridica, vol. XXXI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991; C. MEZZANOTTE, Le fonti tra legittimazione e legalità, in Queste istituzioni, n. 87-88/1991, p. 50 ss.; M. DOGLIANI, Potere costituente e revisione costituzionale, in Quaderni Costituzionali, n. 1/1995, pp. 7-32; A. RUGGERI, L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali fra revisioni costituzionali polisemiche e interpretazioni-applicazioni 'ragionevoli', in Ars interpretandi, n. 1/1996, pp. 113-129; G. SARTORI, Ingegneria costituzionale comparata: strutture, incentivi ed esiti, Bologna, il Mulino, 1996; A. PACE, Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi, Padova, Cedam, 2002; S. BARTOLE, Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana, Bologna, il Mulino, 2004; P. BIANCHI, Le trappole dell'originalismo, in Studi in onore di Franco Modugno, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 281-311; F. GALLO, Possibilità e limiti della revisione costituzionale, in Quaderni Costituzionali, n. 3/2013, pp. 709-720; F. FERRARI, Potere costituente e limiti (logici) alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano: considerazioni introduttive, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 6/2014, pp. 4901-4931; M. MANETTI, La deroga all'art. 138 Cost. e la mossa del cavallo, in Scritti in onore di Gaetano Silvestri, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 1309-1316.

¹³ Ex plurimis, A. REPOSO, La forma repubblicana secondo l'art. 139 della Costituzione, Padova, Cedam, 1972; G. VOLPE, L'immutabilità della forma repubblicana: un contributo al dibattito sulla riforma delle istituzioni, in Scritti in onore di Egidio Tosato, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 237-259; A. BALDASSARE, Costituzione e teoria dei valori, in Politica del Diritto, n. 4/1991, pp. 639-658; M. MAZZIOTTI DI CELSO, Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato, in Diritto e società, n. 3/1996, pp. 303-323; L. PALADIN, Diritto Costituzionale, Padova, Cedam, 1998, p. 158 ss.; N. ZANON, La Corte, il legislatore ordinario e quello di revisione, ovvero del diritto all'ultima parola' al cospetto delle decisioni d'incostituzionalità, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 6/1998, pp. 3169-3183; A. RUGGERI, Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento, in Diritto e società, n. 4/2005, pp. 451-517; G. RAZZANO, Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili nella giurisprudenza costituzionale, in Democrazia e Diritto, n. 4/2006, pp. 587-621; L. ELIA, I principi supremi presi sul serio, in Scritti in memoria di Vittorio Sgroi, Milano, Giuffrè, 2008, p. 839 ss.; A. BARBERA, I principi della Costituzione repubblicana: dal 'compromesso' al radicamento progressivo, in Rassegna Parlamentare, n. 2/2009, pp. 311-337; M. AINIS, L'assedio. La Costituzione e i suoi nemici, Milano, Franco Angeli, 2015.

¹⁴ C. cost., sent. 24 maggio 1977, n. 86, par. 5 del Considerato in diritto. In questo senso vi è, per altro, una consolidata giurisprudenza costituzionale, sviluppatasi negli anni fino a pervenire interamente ai nostri giorni, si confrontino in tal senso: C. cost., sentt. 1 febbraio 1982, n. 15; 10 aprile 1998, n. 110; 16 dicembre 1998, n. 410; 10 novembre 2000, n. 487; 3 aprile 2009, n. 106; 23 febbraio 2012, n. 40; 13 febbraio 2014, n. 24.

¹⁵ L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, p. 159.

AMBIENTEDIRITTO	

riconducibile, cioè, ad un limite di irrevisionabilità della democrazia «considerata nei suoi cardini essenziali ed indefettibili» ¹⁶.

D'altronde, come in più arresti puntualizzato dalla Corte costituzionale, la Salus Rei Publicae è espressione di «un interesse essenziale, insopprimibile della collettività, con palese carattere di assoluta preminenza su ogni altro, in quanto tocca [...] la esistenza stessa dello Stato, del quale [anche] la giurisdizione [posta a tutela dei diritti] costituisce soltanto "un aspetto" (sentenze n. 106 del 2009, n. 110 del 1998, n. 86 del 1977)»¹⁷.

Tant'è che non sembrerebbe - affatto - esagerato condividere l'autorevole opinione di chi - in dottrina - ha incisivamente affermato «che il volto costituzionale della sicurezza [della Repubblica italiana] non può che emergere dalla [esigenza di una stringente necessità della] assicurazione di tutti i beni costituzionali» oggi racchiusi all'interno dell'ordinamento repubblicano.

Del resto, in tanto è materialmente possibile assicurare, con effettività, tutti i beni costituzionali in quanto sia, di fatto, sempre preservata l'esistenza, la struttura ed i principi della Repubblica italiana (*ex art.* 1 e 139 Cost.).

Giacché se venissero meno gli elementi essenziali della Repubblica verrebbe di colpo meno la stessa (teorica quanto materiale) possibilità di assicurazione di qualsiasi bene costituzionale.

Specialmente in un contesto emergenziale, poi, contraddistinto dalle stringenti difficoltà (emotive e tecniche, prima ancora che giuridiche) del superamento dei pericoli - imprevedibili - che minacciano la «ordinata e civile convivenza della comunità nazionale» is amplifica, problematicamente, il "collegamento dialettico" tra il basilare concetto di sicurezza - e di sopravvivenza - della Repubblica, da una parte, e quello (non affatto trascurabile) dell'ordinaria e quotidiana assicurazione dei beni e diritti costituzionali, dall'altra parte: imponendo (ai decisori politici, in primis, e nei casi 'patologici' alla Magistratura, in secondo luogo) dei bilanciamenti sempre più stringenti, frequentemente protesi verso il tendenziale 'sacrificio' di quei diritti (e principi) che, del resto, in assenza della (preminente rectius "prevalente") esistenza della Repubblica non potrebbero, mai, essere (davvero) assicurati. Il che potrebbe quasi apparire, di primo acchito, come una sorta di mostruoso "cortocircuito costituzionale" - se non, all'opposto, come un 'banale' ossimoro - eppure è in realtà proprio l'aspetto problematico posto al cuore del principio supremo della Salus Rei Publicae.

Se è, infatti, indiscutibile che la forma repubblicana, la sua struttura unitaria ed i suoi basilari "principi democratici" costituiscano il "nucleo essenziale" dell'ordinamento costituzionale si è allo stesso tempo ben consapevoli che dall'assenza di un'espressa e codificata disciplina sull'emergenza nella Carta repubblicana derivi proprio un (assai) 'pericoloso' paradosso: per cui, cioè, per salvaguardare la *Salus Rei Publicae* (ossia la "Salvezza della Repubblica") ed i principi della «*Repubblica democratica*»²⁰ dalle

¹⁶ L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, p. 159.

¹⁷ C. cost., sent. 23 febbraio 2012, n. 40, par. 5 del Considerato in diritto.

¹⁸ M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. COCCO (*a cura di*), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 6.

¹⁹ Ex plurimis, C. cost., sentt. 25 luglio 2001, n. 290; 24 giugno 2010, n. 226; 9 febbraio 2011, n. 35; 5 giugno 2013, n. 118; 11 maggio 2017, n. 108; 16 novembre 2018, n. 208.

²⁰ C. cost., sent. 24 maggio 1977, n. 86, par. 5 del Considerato in diritto. In questo senso vi è, per altro, una consolidata giurisprudenza costituzionale, sviluppatasi negli anni fino a pervenire interamente ai nostri giorni, si confrontino in tal senso: C. cost., sentt. 1 febbraio 1982, n. 15; 10 aprile 1998, n. 110; 16 dicembre 1998, n. 410; 10 novembre 2000, n. 487; 3 aprile 2009, n. 106; 23 febbraio 2012, n. 40; 13 febbraio 2014, n. 24.

(multiformi) minacce di un'emergenza potrebbe, talora, anche imporsi una "sospensione" di alcuni diritti solennemente garantiti dalla Carta repubblicana. Il che al prezioso 'fine costituzionale' (unitamente al non trascurabile costo della menzionata "sospensione" dei diritti 'immolati', rectius sacrificati, per garantire la contro bilanciata 'sicurezza' collettiva) di contrastare efficacemente l'emergenza, nonché al fine di salvaguardare il saldo mantenimento della ferma assicurazione dell'assetto repubblicano.

Sul punto - in relazione all'inaspettata gestione emergenziale per la Repubblica italiana derivante dai pericoli all'incolumità ed alla sicurezza pubblica prodotti dal Covid-19 - anche il Supremo Consesso Amministrativo ha, di recente, avuto preziosa occasione - seppur incidentalmente - in sede cautelare di affermare che «la gravità del danno individuale non può condurre a derogare, limitare, comprimere la primaria esigenza di cautela avanzata nell'interesse della collettività, corrispondente ad un interesse nazionale dell'Italia»²¹.

Sicché per fuoriuscire dall'opaca, quanto pericolosissima, sovrapponibilità tra i due (differenziati) piani dello "stato d'emergenza" - istituto dell'ordinamento posto a garanzia della stessa sopravvivenza ordinamentale - e dello "stato di eccezione", in senso schmittiano²² (inteso, cioè, come possibile strumento di 'sovvertimento' dell'ordine costituito), ogni bilanciamento²³ (che avvenga esso, si badi, tanto in sede «legislativa» quanto nella dirimente sede «giurisdizionale») in cui "receda" un diritto costituzionalmente garantito in favore della, preminente, *Salus Rei Publicae* dovrà sempre essere, oggettivamente, accompagnato e sorretto (il più possibile) dalla verifica del necessario rispetto del principio di legalità (*in primis* - ovviamente - della legalità

²¹ Cons. St., Sez. Terza, Decreto del 30 marzo 2020, n. 1553. Nello stesso identico senso si vedano anche - due più recenti provvedimenti -: Cons. St., Sez. Terza, Decreto del 31 marzo 2020, n. 1611 e Cons. St., Sez. Terza, Decreto del 17 aprile 2020, n. 2028.

²² C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 33 ss. Per degli spunti di un collegamento tra emergenza epidemiologica da Covid-19 e 'stato di eccezione' appare, altresì, utile il rimandare, *ex multis*, (e senza, naturalmente, delle pretese di esaustività) ad A. VENANZONI, *L'innominabile attuale. L'emergenza Covid-19 tra diritti fondamentale e stato di eccezione*, in www.forumcostituzionale.it; E. A. IMPARATO, *Lo Stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra Stato di diritto e sindacato di conformità*, in *Consulta Online*, 22 giugno 2020; F. DE VANNA, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020; G. AZZARITI, *Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020.

²³ Sul 'bilanciamento' appare qui significativo rimandare ex plurimis (senza alcuna pretesa di esaustività) a S. BARTOLE, L'efficacia temporale delle sentenze ed il bilanciamento dei valori costituzionali, in Quaderni Costituzionali, n. 1/1989, pp. 17-26; S. DE GOTZEN, Edilizia militare, bilanciamento degli interessi e collaborazione fra Stato e Regioni, in Le Regioni, n. 2/1990, pp. 518-530; A. RUGGERI, "Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in Politica del Diritto, n. 2/1993, pp. 183-209; G. SCACCIA, Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 6/1998, pp. 3953-4000; A. VESPAZIANI, Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali, Padova, Cedam, 2002; A. MORRONE, voce Bilanciamento (giustizia costituzionale), in Enciclopedia del diritto, Annali, Vol. II, Tomo II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 185-204; A. TESAURO, Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: 'giocando con le regole' a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 6/2012, pp. 4909-4947; A. MORRONE, Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teorie e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali, Torino, Giappichelli, 2014; V. ITALIA, Il bilanciamento nelle leggi, Milano, Giuffrè, 2016; G. BRONZINI - R. COSIO, Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali, Milano, Giuffrè, 2017; G. PERLINGIERI, Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale, in Rivista di diritto civile, n. 3/2018, pp. 716-753.

AMBIENTEDIRITTO	

costituzionale) sotteso all'esercizio dei pubblici poteri propri della sovranità appartenente al popolo (*ex art*. 1 Cost.).

Tanto più che - come osservato - la Costituzione repubblicana non contempla un'espressa disciplina generale sull'emergenza, bensì istituti *ad hoc* ad essa riferibili: che come tali non possono (e non dovrebbero) essere - mai - 'trascurati' nella gestione di una emergenza per la Repubblica italiana.

«La Costituzione italiana del 1948, per ragioni da rintracciarsi nella storia del nostro Paese, non contiene - a differenza di altre Costituzioni - disposizioni sulla distribuzione dei poteri in una fase di emergenza»²⁴.

Sicché, ad oggi, il testo della nostra Carta costituzionale (anziché contemplare, diffusamente, un "istituto generale" sulla distribuzione dei poteri per il caso di dichiarazione dello "stato di emergenza") disciplina - ad hoc - tre diverse tipologie di fattispecie astrattamente relazionabili ad una situazione d'emergenza: con la solenne consacrazione, cioè, di tre 'specifici' e peculiari istituti, prescriventi i presupposti della possibilità di uno 'spostamento' delle (ordinarie) competenze costituzionalmente previste.

In estrema sintesi, il primo istituto è quello disciplinato dall'articolo 78 della Carta, che - inserito nella parte sul Parlamento - riguarda la deliberazione dello "stato di guerra" da parte delle Camere: con il conseguente conferimento al Governo dei "poteri necessari".

Il secondo istituto costituzionalmente preordinato a porsi come strumento per affrontare le fasi repubblicane di un'emergenza è quello di cui all'articolo 77 Cost., per cui nei "casi straordinari di necessità ed urgenza" il Governo adotta, sotto la propria responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, che - comunque - perdono efficacia, sin dall'inizio, se non convertiti in legge dalle Camere, entro i sessanta giorni dalla pubblicazione dei provvedimenti con valore di legge del Governo.

La terza fattispecie costituzionalmente relazionabile ad una situazione di emergenza repubblicana si inserisce nel rapporto tra Stato, Regioni ed Autonomie locali (art. 120, commi 2 e 3, Cost.): si tratta, segnatamente, di un fondamentale istituto introdotto dal legislatore costituzionale del 2001 nel testo del revisionato Titolo V, in ('fisiologica') ragione dell'ineludibile garanzia dell'essenziali esigenze di "unitarietà ed infrazionabilità" dell'ordinamento repubblicano²⁵ (da leggersi combinatamente al principio di strutturale unità ed indivisibilità della Repubblica, di cui agli articoli 1 e 5 della Costituzione).

Il che è oggi assicurato per il tramite della previsione costituzionale di un pregnante 'potere sostitutivo' esercitabile dal Governo statale nei confronti delle competenze attribuite a Regioni ed Autonomie locali: per il caso, tra l'altro, di "pericolo grave per la sicurezza e l'incolumità pubblica"; fermo restando il, necessario, rispetto dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione²⁶.

²⁴ B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it* (Editoriale - 18 marzo 2020), n. 6/2020, p. V.

²⁵ Sia consentito il rinvio al mio A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 253-335.

²⁶ Ex plurimis, C. MAINARDIS, I poteri sostitutivi statali: una riforma costituzionale con (poche luci) e (molte) ombre, in Le Regioni, n. 6/2001, pp. 1357-1424; G. SCACCIA, Il potere di sostituzione in via normativa nella legge n. 131 del 2003, in Le Regioni, n. 4/2004, pp. 883-896; G. SCACCIA, Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; M. G. PUTATURO DONATI, Note in tema di esercizio del potere sostitutivo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Federalismi.it, n. 21/2014.

AMBIENTEDIRITTO	

Da tutto ciò viene - francamente - piuttosto difficile immaginare che una legittima gestione delle emergenze nella Repubblica italiana possa esulare dai tre summenzionati istituti: per, almeno, tre ordini fondamentali di ragioni.

In primis, per un motivo di carattere storico-normativo. Poiché si eluderebbe senz'altro la voluntas legis del Costituente, che pur al netto delle ragioni storiche di un energico ripudio ad accogliere nella Carta un'espressa disciplina generale sull'emergenza ha - in ogni caso - predisposto, per l'appunto, degli istituti ad hoc per fronteggiare le emergenze: degli istituti che potrebbero, pressoché, leggersi come 'connotati' di un (essenziale) carattere tassativo nella gestione delle 'emergenze' cui - letteralmente - si riferiscono.

In secondo luogo perché se si eludessero quegli istituti *ad hoc* contemplati oggi in Costituzione si ricadrebbe - pari pari - nella morsa di ciò che i Padri Costituenti hanno, proprio, voluto evitare mediante la rinuncia ad una disciplina generale sull'emergenza nel testo della Carta repubblicana: essendo, infatti, alquanto chiaro che i Costituenti temessero (a causa di evidenti cicatrici storiche) che un'organica disciplina sull'emergenza avrebbe potuto 'prestarsi' a capziose forme di un sovvertimento dell'ordine costituito, di qui la preferenza ad inserire degli istituti *ad hoc*, tarati sull'emergenza che, di caso in caso, potesse darsi.

La gestione di un'emergenza per la Repubblica tramite strumenti 'estranei' a quelli fissati *ad hoc* nella Carta, infatti, rischierebbe di prestare il fianco alla materiale possibilità di discipline emergenziali collocate al limite di un vero e proprio "stato di eccezione" (in senso schmittiano²⁷), perciò astrattamente sovversivo dello stesso ordine costituito. «*Per questa via, in ultimo, a fronte di una evidente* [possibile] *tendenza* [anticostituzionale] *a 'normalizzare' l'emergenza e dell'emersione* [potenziale] *di* [forme di] *democrazie cosiddette illiberali, l'indeterminato e l'incontrollabile, quanto al diritto, ben possono diventare situazioni stabili arrivando a travolgere e infrangere l'intero sistema, con buona pace dello Stato di diritto»²⁸.*

Per conseguenza rischierebbero, in terzo luogo, di sfumare, definitivamente, il principio di legalità²⁹ nonché quei limiti, quelle forme e modalità di esercizio del potere sovrano³⁰ su cui la Repubblica italiana si fonda (*ex art.* 1, 5 e 139 Cost.): con, vale a dire, l'irreversibile venir meno della, stessa, *Salus Rei Publicae*. In altre parole, non può affatto escludersi che se la gestione di un'emergenza per la Repubblica italiana fosse realizzata dai pubblici poteri in maniera difforme ed anche solo parzialmente estranea rispetto a quegli istituti che la Costituzione fissa per fronteggiare tali situazioni verrebbe drasticamente a dipingersi lo scenario del 'serio' pericolo di una compromissione per la 'salute' (ossia per la 'sicurezza') della Repubblica, che invece è proprio l'intima ragione di fondo per cui si "imporrebbe" nelle situazioni di emergenza l'esigenza di un ricorso ad istituti "straordinari", per preservare l'assetto repubblicano di cui agli articoli 1 e 139 Cost.

²⁷ C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972, p. 33 ss.

²⁸ E. A. IMPARATO, Lo Stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra Stato di diritto e sindacato di conformità, in Consulta Online, 22 giugno 2020, p. 25.

²⁹ Appare prezioso rinviare sul punto a G. GUARINO, Atti e poteri amministrativi, Milano, Giuffrè, 1994, p. 140 ss.

³⁰ Appare significativo rinviare a quanto in generale ricostruito in O. CHESSA, Sovranità, potere costituente, stato d'eccezione. Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento, in Diritto Pubblico, 3/2012, pp. 755-800. In relazione alla specifica emergenza epidemiologica da Covid-19 si rimanda a G. COMAZZETTO, Lo Stato di eccezione nell'ordinamento italiano. Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in Biolaw Journal, n. 1/2020.

La dichiarazione dello "stato di guerra" (ex art. 78 Cost.), l'emanazione dei provvedimenti governativi con forza di legge (ex art. 77 Cost.)³¹ e la "clausola dei poteri sostitutivi" del Governo (di cui all'art. 120 Cost.) costituiscono tre peculiari istituti costituzionalmente preordinati a superare le emergenze (da quelle naturali fino a giungere, nondimeno, a quelle del tipo - eziologicamente - umane, come le emergenze di natura bellica) e per fare efficacemente ciò essi sottendono, senz'altro, il costo ("ragionevolmente" tollerabile) di una deroga rispetto all'ordinario esercizio delle competenze (oltre che, non di meno, una potenziale e sensibile 'sospensione' rispetto alla quotidiana garanzia dei diritti assicurati costituzionalmente): tuttavia la loro ratio existendi è stata ed è quella di 'superare' l'emergenza nonché (al contempo) di 'evitare' che lo "stato di emergenza" si trasformi surrettiziamente in "stato di eccezione". Prescindere nella gestione delle emergenze dal puntuale rispetto di questi tre istituti significherebbe - di fatto ed in stretto diritto - esporre il bene giuridicamente tutelato ovverosia la Salus Rei Publicae ad una sua ambigua "strumentalizzazione", inverabile in possibili e latenti abusi nell'ordinamento: che ben si dispiegherebbero lungo il largo ventaglio ideale che si dipana da una formale lesione del principio di legalità costituzionale nell'esercizio del potere (ex parte principis), passando per la derivante ed illegittima incisione di tutte quelle, sostanziali, situazioni giuridiche soggettive che siano destinatarie dei provvedimenti del potere così (illegalmente) esercitato (ex parte civis), sino - non di meno - a pervenire ai possibili "spettri" di un - non inverosimile sovvertimento ('irreversibile') dell'ordine costituito, ossia del passaggio, mutatis mutandis, ad una vera e propria Mors Rei Publicae.

Tutto ciò che, in pratica, i Padri Costituenti avrebbero proprio voluto evitare che accadesse: da qui, appunto, la consapevole "scelta" di non prevedere una generale disciplina costituzionale sull'emergenza (passibile di vischiose forme di strumentalizzazioni politiche nonché - potenzialmente - di "croniche" trasformazioni dell'emergenza in fattispecie di "regolare ordinarietà"), con l'inserimento nel testo della Carta di peculiari istituti, *ad hoc*, utilizzabili caso per caso.

3. Cenni sul basilare principio di legalità dell'azione amministrativa.

«Il principio di legalità evoca [la celeberrima figura del]l'araba fenice, la quale, secondo il famoso verso di Metastasio, "che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa"»³².

D'altra parte non ci si può nascondere sul fatto che le approfondite riflessioni sull'esatta portata del principio di legalità dell'azione amministrativa (sul suo preciso fondamento costituzionale, sui 'relativi' rapporti con il 'sensibilissimo' tema dei, così detti, poteri impliciti, senza trascurare, non di meno, le analisi delle complesse relazioni

³¹ «La Costituzione vigente ha formalizzato, nell'art. 77, comma 2, la competenza straordinaria generale nella forma del potere del Governo di decidere la sussistenza del caso straordinario di necessità e di urgenza e di provvedere con decreto che ha forza di legge. E' una tipica competenza di emergenza, è quel tanto di stato di eccezione che la Costituzione democratico - pluralistica ha sopportato e ha incluso nel diritto. Forse, proprio per includere, escludendolo, lo stato di eccezione come stato estremo, anomia e quindi violenza pura, la Costituzione ha messo in forma il potere di eccezione come esercizio di una competenza delimitata dal diritto, un'eccezione per così dire relativa» L. BUFFONI, L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, pp. 487-488.

³² G. MORBIDELLI, Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti, in Rivista della Regolazione dei mercati, n. 2/2017, p. 263.

AMBIENTEDIRITTO

con l'istituto della riserva di legge) abbiano, vivacemente, suscitato gli appassionati animi di insigni costituzionalisti ed amministrativisti³³. Né, comunque, si potrebbe mai, d'altro canto, escludere realisticamente l'esistenza teorica di un "principio di legalità" nell'esercizio del potere.

Atteso che la Ĉarta repubblicana costituisce, già di per sé, proprio la solenne fonte (superprimaria) di (una vera e propria forma di) 'razionalizzazione'³⁴ della sovranità popolare³⁵: determinando - in altri termini - quel fondamentale e sintomatico passaggio istituzionale da un potere (politico) fattuale ad un potere (politico) costituzionale³⁶.

Per dirla con Enzo Cheli, la nostra Costituzione rappresenta per le forze politiche «lo strumento giuridico fondamentale attraverso cui risulta possibile perseguire gli innumerevoli,

³⁶ Sul punto si rimanda a quanto diffusamente ricostruito in P. BARILE, La Costituzione come norma giuridica, Firenze, Barbera, 1951; C. MORTATI, Commento all'art. 1, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della

³³ Ex multis, L. CARLASSARE, Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità, Padova, Cedam, 1966; F. SATTA, Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico, Padova, Cedam, 1966; A. CERRI, Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione, Padova, Cedam, 1973; G. BERTI, Legalità e razionalità nell'azione amministrativa: una difficile conciliazione, in Jus, n. 3/1987, pp. 310-316; S. COGNETTI, Profili sostanziali della legalità amministrativa, Milano, Giuffrè, 1993; N. BASSI, Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti, Milano, Giuffrè, 2001; F. SORRENTINO, Lezioni sul principio di legalità, Torino, Giappichelli, 2001; M. MAGRI, La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinale e casistica giurisprudenziale, Milano, Giuffrè, 2002; Q. CAMERLENGO, Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale, in Le Regioni, n. 2-3/2004, pp. 623-634; A. BERTANI, 'Legalità sostanziale' e pubblica amministrazione: spunti sui più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, in Rassegna Parlamentare, n. 3/2005, pp. 695-719; F. MERUSI, Sentieri interrotti della legalità, Bologna, il Mulino, 2007; A. BARAGGIA, Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità, in Le Regioni, n. 3-4/2009, pp. 702-713; S. PARISI, Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva di legge nella sent. 115/2011, in www.forumcostituzionale.it; F. MERUSI, La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti, Bologna, il Mulino, 2012; M. A. SANDULLI, Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli, in Diritto e società, n. 4/2015, pp. 649-669; F. MERUSI, La legalità amministrativa fra passato e futuro, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; G. MORBIDELLI, Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti, in Rivista della Regolazione dei mercati, n. 2/2017, pp. 263-274; B. STAMPINATO, Sulla «crisi» di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo, in Federalismi.it, n. 11/2017.

³⁴ Appare prezioso il rinvio a T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957.

³⁵ Ex multis, E. TOSATO, Sovranità del popolo e sovranità dello Stato, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 1/1957, pp. 3-49; V. CRISAFULLI, La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari), in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando, Volume I, Padova, Cedam, 1957, pp. 409-463; G. AMATO, La sovranità popolare nell'ordinamento italiano, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 1/1962, pp. 74-103; H. KELSEN, Teoria generale del diritto e dello Stato, Roma, Edizioni di Comunità, 1963; E. CORTESE, voce Sovranità (storia), in Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1985, p. 212; G. SILVESTRI, La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto, in Rivista di Diritto Costituzionale, n. 1/1996, pp. 3-74; M. LUCIANI, L'antisovrano e la crisi delle costituzioni, in Rivista di Diritto Costituzionale, n. 1/1996, pp. 124-188; T. E. FROSINI, Sovranità popolare e costituzionalismo, Milano, Giuffrè, 1997; D. QUAGLIONI, La sovranità, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004; M. FIORAVANTI, Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno, Bologna, il Mulino, 2004, p. 47 ss; C. DE FIORES, Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana. A quarant'anni dal contributo di Gianni Ferrara, in Scritti in onore di Gianni Ferrara, Volume III, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 169-206; G. FERRARA, La sovranità popolare e le sue forme, in Costituzionalismo.it, n. 1/2006, ora in S. LABRIOLA (a cura di), Valori e principi del regime repubblicano. 1. I Sovranità e democrazia, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006, pp. 251-276; più di recente, si leggano, altresì, A. REPOSO, Sovranità, in Osservatorio AIC, n. 1/2015; A. SPADARO, Dalla "Sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo, in Rivista AIC, n. 3/2017.

concreti, contingenti fini politici connessi alle elaborazioni programmatiche dei gruppi e dei partiti presenti nel sistema»³⁷ politico italiano.

Il che vuol dire, tradotto ancora in altri termini, che il potere politico sotteso ai così detti "atti politici" è, sì, libero nel fine, ma, nella misura in cui «la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare, ma come il limite, cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti»³⁸. In questo senso, pertanto, può serenamente dirsi, senz'altro, che in tanto un atto politico è 'insindacabile' in quanto il potere politico che ne è concretamente alla base si eserciti, sempre, nel rispetto e nei limiti fissati dalla Costituzione.

Diversamente (si badi) non ci si troverebbe, affatto, dinanzi ad un potere politico 'costituito', bensì di fronte ad un potere pericolosamente posto in essere al di fuori delle fondamentali regole costituzionali: in quanto, cioè, espressione di un atto, senza dubbi, viziato da un eccesso (costituzionale) di potere e/o da violazione di legge (costituzionale) e perciò meritevole di essere 'annullato' dalla Corte costituzionale. In tal senso, appare piuttosto evidente come dalla solenne Carta repubblicana del 1948 discenda fermamente l'esistenza di un fondamentale "principio di legalità costituzionale" per l'esercizio del potere politico³⁹. Tant'è che se il potere politico fosse, d'altra parte, illegittimamente posto in essere in un determinato atto, quest'ultimo non potrebbe, senz'altro, che esporsi sotto la scure di un 'annullamento' giurisdizionale dinanzi alla Corte costituzionale. Il che nelle forme di cui all'articolo 134 Cost.: ossia tanto sub specie di giudizio di legittimità delle leggi (ovverosia gli "atti politici per antonomasia") e degli atti aventi forza di legge, quanto (per gli atti politici non legislativi) attraverso lo strumento - di extrema ratio - del conflitto di attribuzione tra poteri⁴⁰.

Ebbene, quanto fin qui sommariamente esposto attiene al "al principio di legalità costituzionale" dell'azione politica: ma il principio di legalità tout court, oltre tutto, non si impone soltanto ed 'unicamente' al "potere politico" (su di un piano cioè che è quello, lo si è già puntualizzato, della "legalità costituzionale"), bensì (e per conseguenza, diretta, del 'principio di legalità' dell'azione politica) anche al "potere pubblico" esercitato quotidianamente dalle Amministrazioni, statali e non statali.

«Secondo il principio di legalità, l'attività amministrativa deve trovare una base nella legge, nel senso che le pubbliche amministrazioni possono esercitare solo i poteri indicati dalla legge e solo nei modi da essa prescritti. La funzione principale del principio di legalità è di tutela dei cittadini: il Parlamento, attraverso la legge, garantisce questi ultimi, difendendoli [da ogni arbitrio adottabile] dalla pubblica amministrazione. [...] Il principio così affermato ha le sue

Costituzione, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 22 ss.; G. P. CALABRÒ, Mortati e il carattere giuridico del concetto di sovranità, in F. LANCHESER (a cura di), Costantino Mortati: costituzionalista calabrese, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, pp. 333-336; T. E. FROSINI, Sovranità popolare e costituzionalismo, Milano, Giuffrè, 1997.

³⁷ E. CHELI, Atto politico e funzione di indirizzo politico, Milano, Giuffrè, 1961, p. 108.

³⁸ E. CHELI, Atto politico e funzione di indirizzo politico, Milano, Giuffrè, 1961, p. 108.

³⁹ Sul concetto di una rottura della legalità costituzionale in relazione ad ogni atto politico posto in essere in elusione dell'art. 139 Cost. si legga L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, p. 159.

⁴⁰ Appare sul punto significativo il rinvio alle 'preziose ricostruzioni' sviluppate in R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996; R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, il Mulino, 2004.

А	MBIENTEDIRITTO

radici nella regola di origine romanistica e poi canonica "quod omnes tangit ab omnibus comprobetur»⁴¹.

Il che - per altro - va letto nell'ottica combinata del fisiologico funzionamento del «circuito democratico: a) elezione popolare del Parlamento [e delle Assemblee legislative regionali]; b) approvazione parlamentare [ed assembleare] delle leggi; c) [attuazione ed] esecuzione amministrativa delle stesse» 42 leggi.

Calati in questa prospettiva il principio di legalità assume sia una funzione di garanzia del cittadino rispetto ai possibili arbitri delle P.A., che, non di meno, una funzione «di indirizzo dell'amministrazione»⁴³.

D'altra parte, è noto a tutti (ai sensi del celebre articolo 1 della Legge 7 agosto 1991, n. 241) che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti [...]».

Si tratta di una disposizione legislativa, questa, che rinviene - e non a caso, direi - la propria completa "radice costituzionale" tanto nel prezioso aggancio all'articolo 97 della Carta (sotto il profilo che si potrebbe, qui, definire di una "legalità organizzativa" e/o "procedimentale" delle P.A.), quanto, non di meno, per il tramite dell'essenziale richiamo sia all'articolo 23 (sul pregnante piano di un "principio di legalità" nell'esercizio dei - sensibili - "poteri ablatori") che all'articolo 113 (in relazione al nodale carattere di "pienezza e generalità" della tutela giurisdizionale contro ogni atto della Pubblica Amministrazione) della Costituzione repubblicana del '48.

A tutto ciò va, poi, ad aggiungersi l'ulteriore (e gravido) tassello costituzionalistico scaturente dal fatto che la Consulta accanto al principio di legalità (inteso in un senso) "formale" «riconosce anche un principio di legalità detto sostanziale»⁴⁴. Tanto è vero che la:« Corte [costituzionale] ha affermato, in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente [in sintesi] che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»⁴⁵.

Trattasi di un orientamento della giurisprudenza costituzionale pervenuto sino ad oggi senz'alcuna soluzione di continuità: se si pone mente alla più recente sentenza del 5 aprile 2018, n. 69 nonché, specialmente, alla decisione del 29 gennaio 2020, n. 57 (proprio poco prima che scoppiasse in Italia l'emergenza epidemiologica da Covid).

⁴¹ S. CASSESE, Dal principio di legalità al rispetto del diritto, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2012, p. 10.

⁴² A. MITROTTI, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, in P. CARETTI - M. MORISI (*a cura di*), *La valutazione delle politiche pubbliche in prospettiva comparata*, Roma, Ufficio delle informazioni parlamentari, dell'archivio e delle pubblicazioni del Senato, 2018, p. 408.

⁴³ S. CASSESE, Dal principio di legalità al rispetto del diritto, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2012, p. 10.

⁴⁴ S. CASSESE, Dal principio di legalità al rispetto del diritto, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2012, p. 11.

⁴⁵ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115, par. 4 del Considerato in diritto.

In estrema sintesi (ed a rischi di semplificazioni) dalla Carta repubblicana promana energicamente l'esistenza di un necessario rispetto da parte degli attori politici del basilare 'principio di legalità costituzionale' (ex art. 1, 134 e 139 Cost.). Tanto più nelle tristi situazioni di emergenza per la Repubblica italiana. Laddove la formale assenza di una generale disciplina costituzionale sullo "stato d'emergenza" andrebbe sempre combinatamente letta insieme al "sacro dovere" di difesa della Patria (ex art. 52 Cost.), all'obbligo di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la "Costituzione e le leggi" ed al, pregnante, dovere delle cariche elettive di adempiere "con disciplina ed onore" alle funzioni pubbliche (ex art. 54 Cost.): così da realizzare (al netto di ogni umana, e pur sempre comprensibile, difficoltà emotiva e tecnica) il migliore e virtuoso utilizzo (possibile) degli istituti appositamente disciplinati in Costituzione per poter affrontare le 'emergenze repubblicane', nonché per preservare la Repubblica italiana stessa (ex art. 1 e 139 Cost.). Per queste vie, insomma, si dirama la strada su cui si assicurerebbe, senz'altro, l'irrinunciabile garanzia che il (concreto) perseguimento delle finalità politiche proprie delle maggioranze di Governo si realizzi sempre - ed a maggior ragione nei sensibili contesti di un'emergenza - all'interno di quello «schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti»⁴⁶.

Da ciò oltre al basilare 'principio di legalità costituzionale' (*ex art.* 1, 134 e 139 Cost.) dell'azione politica deriva, a cascata, il collegato rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa: sia in senso formale che - soprattutto - in senso sostanziale. Essendo piuttosto chiaro come nel "sistema ordinamentale delle fonti" (secondo la celebre lettura risalente a Kelsen) il (superprimario) "principio di legalità costituzionale" dell'attività politica si imponga, *ex se*, quale 'condizione' (di legittimità) per il corretto funzionamento del "principio della legalità amministrativa" ⁴⁷: a propria volta sensibilmente posto, quest'ultimo, a nodale garanzia delle posizioni giuridiche soggettive incise dall'esercizio dei poteri amministrativi, oltre, certamente, ad atteggiarsi la legalità dell'azione amministrativa (formale e, soprattutto, sostanziale) come, vitale, "funzione" legislativa «*di indirizzo dell'amministrazione*» ⁴⁸ nell'alveo di una corretta (e legittima) chiusura del, celebre, "circuito democratico" ⁴⁹.

⁴⁶ E. CHELI, Atto politico e funzione di indirizzo politico, Milano, Giuffrè, 1961, p. 108.

⁴⁷ In tal senso si confronti, sulla (vorticosa) gestione emergenziale epidemiologica, M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020, pp. 142-173 (in particolare p. 149 ss.).

⁴⁸ S. CASSESE, Dal principio di legalità al rispetto del diritto, in S. CASSESE (a cura di), Istituzioni di Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 2012, p. 10.

⁴⁹ Ex multis, T. Martines, Governo parlamentare e ordinamento democratico, Milano, Giuffrè, 1967; F. Satta, Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico, Padova, Cedam, 1969; A. Cerri, Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione, Padova, Cedam, 1975; A. D'Atena, Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali, in Diritto e società, n. 1/1996, pp. 25-42; F. Sorrentino, Lezioni sul principio di legalità, Torino, Giappichelli, 2001; S. Pajno, Considerazioni su principio democratico e principio di legalità, in Diritto Pubblico, n. 2/2005, pp. 467-523; A. Morelli (a cura di), La democrazia rappresentativa: declino di un modello?, Milano, Giuffrè, 2015; S. Cassese, La democrazia e i suoi limiti, Milano, Edizioni Mondadori, 2017.

AMBIENTEDIRITTO	

4. Brevi considerazioni sulla gestione dell'emergenza epidemiologica e sul suo inedito (e vigoroso) utilizzo dello strumento dei D.P.C.M.: regolamenti od atti amministrativi generali?

In relazione all'imprescindibile garanzia costituzionale del "principio supremo" della *Salus Rei Publicae* ed al non meno indispensabile rispetto del ('ricollegabile') principio di legalità nell'ordinamento repubblicano non si può affatto evitare di osservare come nell'ambito della «*Repubblica delle Autonomie*»⁵⁰ la vorticosa⁵¹ gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si sia - paradossalmente - caratterizzata per due palesi elusioni della legalità a base dell'ordinamento costituzionale.

Da un lato è infatti da segnalare la mancata scelta del Governo statale di ricorrere all'istituto della «clausola» dei 'poteri sostitutivi' *ex art.* 120 Cost.⁵² (istituto per l'esattezza introdotto con la revisione costituzionale del 2001 a garanzia delle esigenze di unitarietà ed infrazionabilità dell'ordinamento - policentrico e multilivello - repubblicano⁵³).

Dall'altro lato non si può sottacere - ed anzi riuscirebbe piuttosto difficile qui fare a meno di evidenziare - un utilizzo del Governo piuttosto 'leggero' ⁵⁴ nel ricorso ai

- ⁵⁰ Nell'ambito della copiosa letteratura sulla revisione del Titolo V di cui non si può qui, per delle ovvie ragioni, dare contezza con delle pretese di esaustività appare emblematico richiamare, *ex multis*, quanto ricostruito in T. GROPPI M. OLIVETTI (*a cura di*), *La Repubblica delle autonomie*, Torino, Giappichelli, 2003; A. PIOGGIA L. VANDELLI (*a cura di*), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale: Regioni ed Enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, il Mulino, 2006; L. DELL'ATTI, *Teoria e prassi del governo multi-livello. Studio sul regionalismo cooperativo italiano*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2019. Sugli attuali "rapporti" tra «Repubblica delle Autonomie» e (vorticosa) gestione dell'emergenza da Covid-19 appare significativo rimandare, *ex multis*, (senza pretese di completezza) alle osservazioni in P. GIANGASPERO, *Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza COVID 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali*, in *Quaderni Amministrativi*, n. 3/2020, pp. 6-21.
- ⁵¹ «La situazione contingente ha costretto i decisori politici a scelte difficili, alcune delle quali sono certo state mosse dall'ansia di dimostrare il proprio impegno sul campo» G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, p. 352. L'Autore, fra l'altro, riporta a sostegno delle proprie pregevoli ricostruzioni sul punto quanto esaminato in A. MORELLI, Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, in Diritti regionali, 4 aprile 2020, n. 1/2020, p. 519 ss.; A. D'Aloia, Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus, in Biolaw Journal, n. 2/2020.
- ⁵² Può risultare utile il rinvio alle ricostruzioni argomentative di una recentissima, quanto assai delicata, decisione del Giudice Amministrativo: TAR Calabria, Sez. Prima, sent. 9 gennaio 2020, n. 841. Per un brillante commento in dottrina si rimanda, ex multis, a L. GIURATO, Le relazioni "pericolose" tra enti territoriali nella gestione dell'emergenza Covid-19: il principio di leale collaborazione come baluardo dell'interesse nazionale?, in Diritti Fondamentali.it, n. 2/2020.
- ⁵³ Per un'approfondita disamina dell'istituto appare utile rinviare *ex plurimis* in dottrina ai contributi monografici di M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004; C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano, Giuffrè, 2007; L. BUFFONI, *La metamorfosi della funzione di controllo nella Repubblica delle autonomie: saggio critico sull'art. 120, comma II, della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2007. Più di recente sia consentito il rinvio ad A. MITROTTI, *L'interesse nazionale nell'ordinamento italiano. Itinerari della genesi ed evoluzione di un'araba fenice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 253-335.
- ⁵⁴ Si confrontino le aspre (quanto condivisibili) interpretazioni critiche di S. CASSESE, «Conte avrebbe dovuto rifiutarsi di firmare decreti così contradditori», in Il Dubbio, 14 aprile 2020, laddove l'Autore definisce il primo Decreto Legge come «fuori legge». Paiono in un senso fortemente critico le ricostruzioni sviluppate in L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle

AMBIENTEDIRITTO

provvedimenti con forza di legge (*ex articolo* 77 Cost.)⁵⁵. Una 'leggerezza' palpabile nella misura in cui si è trattato di Decreti Legge menomati dall'evidenza (si veda, in particolare, l'art. 2 del D.L. 6/2020) di essere stati posti «oggettivamente» in essere più per conferire una copertura squisitamente formale della legalità a monte dei provvedimenti amministrativi adottati (a valle) per la concreta gestione dell'emergenza⁵⁶: piuttosto che in ragione del congiunto ed affatto inscindibile rispetto della legalità in senso sostanziale dell'azione amministrativa.

Il che senza preoccuparsi, dunque, della basilare garanzia del principio di "legalità sostanziale", che, come puntualizzato, «non consente "l'assoluta indeterminatezza" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982)»⁵⁷.

Eppure se rileggessimo tanto l'articolo 1 del Decreto Legge del 23 febbraio 2020 (che disponeva:« [...] le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica», cui seguiva una "elencazione" esemplificativa) quanto, specialmente, l'art. 2 dello stesso Decreto Legge (che, esattamente, puntualizzava che:«Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1») non sarebbe-per nulla - malizioso dubitare della loro legittimità costituzionale sotto il (pregnante) profilo del mancato rispetto - per l'appunto - del principio di legalità sostanziale (di cui ai differenziati parametri rinvenibili negli articoli 13, 16, 18, 23, 24, 36, 41, 97 e 113 della Carta costituzionale⁵⁸, a seconda - cioè - della, diversa, situazione giuridica soggettiva oggetto d'incisione da parte del potere pubblico esercitato illegittimamente dalle P.A.). «Se il principio di legalità va inteso (in senso sostanziale) anche come principio di

pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; G. SILVESTRI, Covid-19 e Costituzione, in www.unicost.eu, 4 aprile 2020.

⁵⁵ Per la gestione dell'emergenza da Covid-19 sono (solo) tre i Decreti Legge da segnalare quali «fonti sulla produzione normativa» (al netto si badi dei, molti più numerosi, D.P.C.M. di effettiva regolazione dell'emergenza da Coronavirus): il primo è stato il D. L. 23 febbraio 2020, n. 6; il secondo, poi, è quello del 25 marzo 2020, n. 19; il terzo Decreto Legge che qui si segnala è quello del 16 maggio 2020, n. 33 (con il quale si è aperta una nuova 'fase'). Ex multis, si confrontino soprattutto U. DE SIERVO, Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale, 2020, pp. 299-312; G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, pp. 351-376.

⁵⁶ Ex multis, L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M. DE NES, Emergenza Covid-19 e bilanciamento dei diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?, in Biolaw Journal, n. 2/2020; D. TRABUCCO, Sull'(ab)uso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri al tempo del Coronavirus: tra legalità formale e legalità sostanziale, in ASTRID Rassegna, n. 5/2020.

⁵⁷ C. cost., sent. 7 aprile 2011, n. 115, par. 4 del Considerato in diritto.

⁵⁸ Sul punto si confronti quanto incisivamente argomentato in L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 10 ss.

AMBIEN	TEDIRITT(

determinatezza delle norme attributive di potere e se tale principio costituisce un vincolo per il legislatore (sicché è da ritenere viziata la legge che lo violi), l'art. 2 del d.l. n. 6 [2020] dovrebbe considerarsi incostituzionale e [anche] illegittima la sanatoria degli effetti da esso prodotti»⁵⁹.

D'altra parte, sulla tentata 'sanatoria' dei pregnanti effetti discendenti dal (primo) Decreto Legge del 23 febbraio 2020, n. 6 - una 'sanatoria' formalmente intervenuta ad opera degli altri due, concatenati Decreti Legge «sulla produzione normativa» dell'emergenza Covid (in particolare, il Decreto Legge del 25 marzo 2020, n. 19 e, poi, il conseguente Decreto Legge del 16 maggio 2020, n. 33) - non può che sorgere più di qualche, serio, dubbio e perplessità.

Se non altro per la 'chiara' e lampante 'ammissione' di una "illegittimità" dell'originario impianto posto in essere dal Governo, nonché per la discutibile 'capacità retroattiva' di un "Decreto Legge non ancora convertito" a "sanare" gli effetti propri della "disciplina di un altro Decreto Legge"; benché emanato in palese violazione del principio di legalità sostanziale e con effetti indeterminatamente limitativi delle libertà e dei diritti fondamentali consacrati dalla Carta repubblicana⁶¹.

Per altro, a ben riflettere, non è neppure escluso che (alla potenziale violazione del principio di legalità sostanziale dell'azione amministrativa) i Decreti Legge emanati per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 abbiano sotteso (pure) una surrettizia - violazione dell'essenziale "principio di legalità costituzionale" dell'azione politica.

Atteso che il presupposto costituzionale di emanazione dei provvedimenti governativi con forza di legge - ovverosia la concreta disciplina di un caso 'straordinario' di "necessità ed urgenza" - non ha, in realtà, costituito «la proiezione normativa della fattuale eccezionalità del momento»⁶², nella misura in cui, si badi, la vera, effettiva e contingente 'regolazione' del caso straordinario di necessità ed urgenza prodotto dall'emergenza del Covid è stata dai provvedimenti del Governo con valore di legge 'demandata' a misure (ripetutamente) adottate con Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri (si legga, sul punto, l'art. 3 del, primo, Decreto Legge del 23 febbraio 2020).

«Non è certo questa la sede più idonea per ripetere ciò che insegniamo agli studenti del primo o del secondo anno, ma il decreto legge nasce per operare al posto di una legge formale del Parlamento, perché i tempi dettati da "casi straordinari di necessità ed urgenza" non si accordano con i tempi delle Camere, alle quali, collettivamente, spetta l'esercizio della funzione legislativa ex art. 70 Cost.»⁶³.

E se si leggesse ciò alla luce della - dirimente - circostanza che «per un verso il d. l. che delega l'attribuzione di poteri dal Governo a soggetti terzi (e lo è anche il Presidente del Consiglio!) perde [proprio] la parte più importante della sua natura [costituzionale] che è

⁵⁹ M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Consulta Online*, 11 aprile 2020, p. 3.

⁶⁰ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 303.

⁶¹ Più diffusamente sul punto si confronti M. BELLETTI, La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, p. 189 ss.

M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Consulta Online, 11 aprile 2020, p. 10.
 L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13.

AMBIENTEDIRITTO

quella dell'immediatezza degli effetti che intende ottenere, essendo quelli differiti all'adozione di questo o quel d.P.C.M. [...] Per altro verso, e sul fronte opposto, i numerosi dd.PP.CC.MM. non perdono certo la loro natura di atti tipicamente amministrativi solo perché hanno la loro fonte in un unico d.l. di portata tanto generale, quanto [pericolosamente] astratta [sotto il richiamato profilo della legalità sostanziale]»⁶⁴ allora sembrerebbe pressoché palese una ("surrettizia" ed inquietante) distorsione del "principio di legalità costituzionale" da parte dell'azione politica del Governo, per lo meno in relazione allo specifico esercizio della funzione legislativa solennemente contemplata nel testo della Carta repubblicana ex art. 70 ss.

Un meccanismo (costituzionalmente perverso) per cui, alla fine, le (vere ed effettive) misure della gestione dell'emergenza sanitaria, ossia i ripetuti D.P.C.M., hanno finito per fuoriuscire tanto dal circuito democratico di un 'controllo politico' - inverabile, vale a dire, nella sede parlamentare di conversione dei Decreti Legge - quanto, nondimeno, da quel solenne luogo in cui viene costituzionalmente giudicata la legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge, corrispondente al sindacato della Corte costituzionale (ex art. 134 Cost.); senza, oltre tutto, trascurare che ai sensi dell'articolo 87 della Costituzione i D.P.C.M. "sfuggono" pure alla emanazione ed al controllo del Presidente della Repubblica⁶⁵.

«L'impressione è che i decreti-legge si siano limitati ad autorizzare formalmente i d.P.C.M. a scegliere se, come e quanto comprimere le libertà costituzionali dei cittadini»⁶⁶.

Molto difficile non scorgere un potenziale *vulnus* al "principio di legalità costituzionale" dell'azione politica: il Governo, infatti, in 'casi straordinari di necessità ed urgenza' adotta - *ex articolo* 77 Cost. - sotto la propria responsabilità politica "provvedimenti provvisori con forza di legge" (solennemente corredati delle garanzie costituzionalmente previste) e non, certamente, provvedimenti di 'delega' (specie se "in bianco") conferenti a soggetti terzi (oltretutto ad un organo monocratico, come il Presidente del Consiglio⁶⁷) poteri, imprecisati, d'emanazione di (ulteriori) atti funzionalmente 'surroganti' la *ratio* ed il ruolo degli stessi Decreti Legge. La qual cosa è apparsa - proprio - manifestarsi per i numerosissimi D.P.C.M. di gestione dell'emergenza da Covid-19: ancorché emanati sulla discutibile scorta formale (quanto stilistica) di un conferimento legislativo (costituzionalmente illegittimo, per lo meno sul piano di una 'carenza' di determinatezza nel conferimento, paragonabile ad «*una delega*

⁶⁴ L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, pp. 15-16.

⁶⁵ Si legga in tal senso l'autorevole ricostruzione di G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, (Editoriale - 31 marzo 2020) in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. III ss.

⁶⁶ G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, p. 369.

⁶⁷ Ex multis, G. RIZZA, Il presidente del Consiglio dei ministri, Napoli, Jovene, 1970; G. PITRUZZELLA, Il presidente del Consiglio dei ministri e l'organizzazione del governo, Padova, Cedam, 1986; E. DE MARCO, Le funzioni amministrative del presidente del Consiglio dei ministri, Padova, Cedam, 1990; I. CIOLLI, La questione del vertice di Palazzo Chigi. Il presidente del Consiglio nella Costituzione repubblicana, Napoli, Jovene, 2018.

AMBIENTEDIRITTO

in bianco»⁶⁸) di - imprecisati e/o imprecisabili - poteri amministrativi alle "Autorità competenti".

«L'impressione, infatti, è che la decretazione d'urgenza fin qui adottata abbia dato vita ad un vero e proprio "microsistema delle fonti", rispondente a dinamiche e logiche proprie, in cui i decreti-legge non si limitano ad essere le fonti di produzione contenenti misure per affrontare l'emergenza, ma vere e proprie fonti sulla produzione di altri atti giuridici di varia [ed assai incerta] natura attraverso cui affrontare l'emergenza»⁶⁹. Sicché non sorprende affatto che l'attenta, e sensibile, dottrina abbia (ragionevolmente) riconosciuto che:« il decreto-legge si sia allontanato [...] dal senso sottostante alle [sue] coordinate costituzionali, già messe a dura prova dalla variegata prassi che ha caratterizzato la storia repubblicana»⁷⁰.

Il tutto non può non leggersi - sinceramente - nell'ottica di una "innaturale" (per non dire "incostituzionale") torsione del sensibile istituto del Decreto Legge. Una torsione ulteriormente aggravata dal "cruciale fatto" di non arrestarsi sul mero piano, 'formale', delle fonti dell'ordinamento ma, anzi, di essere direttamente capace di produrre una significativa ed immediata incidenza, 'sostanziale', sul piano delle delicatissime limitazioni ai diritti fondamentali: segnati così pesantemente sulla base di atti quali i D.P.C.M. connotati, oggettivamente, da un'evidente 'incerta natura' giuridica e (oltre tutto) posti in essere da un organo monocratico sganciato da un investitura popolare diretta (in pericolosa disfunzione del 'circuito democratico'), sulla scorta di un'opaca determinatezza dei poteri ad esso conferiti dai Decreti Legge.

«Si può obiettare che nell'emergenza non tutto è regolabile a priori con la fonte primaria. Ma, come già detto, quell'esigenza - il massimo del non regolabile che la Costituzione tollera - è specificamente soddisfatta nelle forme dell'art. 77»⁷¹ della Carta repubblicana.

Fra l'altro, l'energico e massiccio utilizzo dei D.P.C.M. nella (affannosa) gestione della triste emergenza epidemiologica da Covid-19 segnerebbe addirittura un'ulteriore, grave, anomalia nel "sistema delle fonti" dell'ordinamento italiano.

Un'anomalia, questa volta, ad un livello di normazione primaria se si considera che con «l'approvazione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 e poi del d.l. 25 marzo 2020, n. 19 si è venuto a creare un sistema di disciplina dell'emergenza [a dir poco] inedito [nonché materialmente

⁶⁸ M. CALAMO SPECCHIA, Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19", in Osservatorio AIC, n. 3/2020, p. 149. Nell'omologo senso si vedano L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; M. BELLETTI, La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, p. 189 ss.; A. Lucarelli, Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria, in Rivista AIC, n. 2/2020, p. 562 ss.; V. Di Capua, Il nemico invisibile. La battaglia contro il Covid-19 divisa tra Stato e Regioni, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 20 maggio 2020, p. 10 ss.; E. A. Imparato, Lo Stato d'eccezione e forme normative nell'ordinamento italiano tra Stato di diritto e sindacato di conformità, in Consulta Online, 22 giugno 2020, p. 25.

⁶⁹ G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, pp. 356-357. Pare utile rimandare altresì a M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Consulta Online, 11 aprile 2020, p. 4 ss.; P. GIANGASPERO, Note sparse sui rapporti tra Stato e Regioni in materia di gestione dell'emergenza COVID 19, tra istanze di omogeneità e spinte alle differenziazioni territoriali, in Quaderni Amministrativi, n. 3/2020, pp. 6-21

⁷⁰ G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, p. 357.

⁷¹ L. BUFFONI, L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, p. 499.

А	MBIENTEDIRITTO

'sovrapposto'] rispetto a quello originariamente configurato dal D. Lgs. 1/2018 e derogatorio di quest'ultimo»⁷².

In tal senso è manifesto che se ci si fosse strettamente attenuti al regime del 'Codice della Protezione Civile' (di cui al D. Lgs. del 2 gennaio 2018, n. 1) il Presidente del Consiglio - in base ad una combinata lettura degli articoli 5, 7, 8, 16, 24 e 25 del D. Lgs. 1/2018 - avrebbe potuto (*rectius* dovuto) emanare (*ratione materiae*) delle ordinanze - per il coordinamento, la concreta gestione ed il superamento della "situazione emergenziale" - e giammai dei D.P.C.M.

Le ordinanze di protezione civile, oltretutto, si sarebbero - senz'altro - sottratte a quegli 'stessi' dubbi di una carenza di legalità ('formale' e 'sostanziale') propri degli emananti (ed emanandi) D.P.C.M. Per lo meno se soltanto si considerasse che le "ordinanze di protezione civile" rinvengono, in ogni caso, la propria generale copertura legislativa, formale e sostanziale, nell'organica disciplina contemplata del 'Codice della Protezione Civile'⁷³.

Né, in questo senso, può dirsi del tutto convincente la pur autorevole opinione di chi ha ricondotto la natura dei D.P.C.M. a quella delle ordinanze di protezione civile⁷⁴.

Interpretazione non persuasiva, se non altro, sulla base di una - serena ed oggettiva - esegesi ermeneutica di natura letterale e sistematica del testo del D. Lgs. del 2 gennaio 2018, n. 175. L'articolo 5, comma 1, del D. Lgs. 1/2018 prescrive, infatti, proprio che:« Il Presidente del Consiglio dei ministri, per il conseguimento delle finalità del Servizio nazionale, detiene i poteri di ordinanza in materia di protezione civile, che può esercitare, salvo che sia diversamente stabilito con la deliberazione di cui all'articolo 24 [ossia con deliberazione di dichiarazione dello stato di emergenza], per il tramite del Capo del Dipartimento dalla protezione civile [...]».

Ebbene, nel caso di specie la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020⁷⁶ - di "Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili" - ha "chiaramente" disposto al punto 2 che:«Per l'attuazione degli interventi di cui all'articolo 25, comma 2, lettere a) e b) del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, da effettuare nella

⁷² A. CONZUTTI - S. FAGGIONATO - I. MALARODA, *Il Codice di protezione civile alla luce della (vorticosa) disciplina dell'emergenza da COVID-19*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, n. 1-2-3/2020, p. 20. Sulla mancata aderenza rispetto al modello di cui al D. Lgs. 1/2018 si rinvia altresì a G. P. DOLSO, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbientteDiritto.it*, n. 1/2020; G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta Online*, 17 marzo 2020; F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus, Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. 139; F. SICILIANO, *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2020, pp. 37-70

⁷³ Ex multis, L. GIANI - M. D'ORSOGNA - A. POLICE (a cura di), Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

⁷⁴ E. C. RAFFIOTTA, Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da Coronavirus, in Biolaw Journal, n. 1/2020; M. LUCIANI, Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza, in Consulta Online, 11 aprile 2020, p. 10 ss.; S. STAIANO, Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia, in Rivista AIC, n. 2/2020, p. 537 ss.

⁷⁵ Nel senso di una netta esclusione circa la riconducibilità dei D.P.C.M. al *genus* delle ordinanze di urgenza si rimanda alle, pregevoli, ricostruzioni in S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2020, p. 190 ss.

⁷⁶ Per una diffusa disamina si rinvia sul punto a quanto brillantemente ricostruito in G. P. Dolso, *Coronavirus: nota sulla dichiarazione dello stato di emergenza per rischio sanitario*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1/2020.

AMBIENTEDIRITTO	

vigenza dello stato di emergenza, si provvede con ordinanze emanate dal Capo del Dipartimento della protezione civile [...]».

Appare piuttosto difficile forzare il senso della 'chiara lettera' del combinato disposto tra l'art. 5, co. 1, del D. Lgs. 1/2018 ed il punto 2 della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020: sicché se il Presidente del Consiglio avesse - davvero - voluto (legittimamente) emanare delle ordinanze⁷⁷ avrebbe potuto (e dovuto) farlo per il, necessario, tramite del Capo del Dipartimento della protezione civile e non nella 'forma' di D.P.C.M.

Salvo non ci si volesse esporre dinanzi al Giudice Amministrativo ai vizi di legittimità (*ex art*. 21 *septies* della L. 241/1990) per violazione di legge (di cui all'art. 5 del D. Lgs. 1/2018), incompetenza e - in ogni caso - per "eccesso di potere" promanante da un'elusione del "principio di affidamento" nei cittadini, collegato a palesi condotte 'incoerenti' della P.A. nel sensibile esercizio di poteri ablatori fortemente incidenti sulle situazioni giuridiche dei consociati (essendo 'condotte amministrative' ben capaci per la loro opacità di indurre incolpevolmente in errore il cittadino medio, esponendolo a non affatto ragionevoli sanzioni).

«Il Codice [di protezione civile] insomma, per quanto "nuovo", alla prova dell'emergenza Coronavirus è stato di fatto accantonato»⁷⁸ dal Governo statale: con una gestione dell'emergenza principalmente basata su tre Decreti Legge⁷⁹ «sulla produzione normativa»⁸⁰ (manifestamente connotati, come detto, da un elevato tasso di 'dubbia determinatezza' del potere 'conferito' alle "Autorità amministrative competenti") e molti (di più) D.P.C.M. (se ne contano al momento 19⁸¹) estrinsecamente 'marcati' per un'oggettiva natura giuridica incerta e comunque assai difficilmente riconducibile a quella delle "ordinanze di protezione civile".

Il punto è che se da un'interpretazione letterale, logica e sistematica tra l'art. 5, co. 1, del D. Lgs. 1/2018, da un lato, ed il punto 2 della Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, dall'altro lato, sarebbe azzardato considerare l'equivalenza tra i D.P.C.M. e le 'ordinanze di protezione civile' occorrerebbe - allora - iniziare ad interrogarsi piuttosto seriamente sulla 'precisa natura' di questi (inediti) strumenti di gestione dell'emergenza, quali, per l'appunto, i D.P.C.M. Il che (si tiene a precisarlo) lungi dal porsi, qui, come un esercizio accademico, un puro vezzo, quand'anche, per taluni, una patologica smania classificatoria. Tant'è che inquadrare, correttamente, la natura giuridica dei (numerosi) D.P.C.M. intervenuti in questa, triste, gestione dell'emergenza epidemiologica è, per lo meno, utile in relazione al - pregnante - profilo della loro sindacabilità giurisdizionale (ex articolo 24 e 113 Cost.). Ponendosi cioè nell'ottica (ex parte civis) di una indispensabile verifica dell'effettiva garanzia

⁷⁷ Ad escludere che i decreti monocratici adottati nella gestione emergenziale siano qualificabili come delle "ordinanze *extra ordinem*" si legga - più diffusamente - L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, p. 497 ss.

⁷⁸ G. RAZZANO, *Il Codice di protezione civile e il suo decreto correttivo, fra emergenze e rientro nell'ordinario*, in *Consulta Online*, 17 marzo 2020, p. 8. In tal senso si veda pure quanto ricostruito in F. SORRENTINO, *Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus*, *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. 139.

⁷⁹ Il riferimento è nell'ordine ai Decreti Legge nn. 6, 19 e 33 del 2020.

⁸⁰ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 303.

⁸¹ Per un utile aggiornamento su tutti i provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza da Covid-19 si rimanda, qui, ai dati consultabili sul sito https://anci.lombardia.it (sezione «*Coronavirus* - Provvedimenti delle Istituzioni»).

AMBIENTEDIRITTO

costituzionale della tutela (che dovrebbe essere sempre 'piena e generale'⁸²) delle posizioni giuridiche soggettive oggetto di un'incisione da parte del potere pubblico esercitato ('convulsamente'⁸³) per la 'gestione' della sopravvenuta emergenza epidemiologica da Covid-19. Ebbene, un (prezioso) barlume orientativo nell'alveo dell'incerta natura giuridica dei D.P.C.M. è, senz'altro, rinvenibile tra le pieghe argomentative della recente sentenza del T.A.R. Calabria del 9 maggio 2020, n. 841⁸⁴.

Si tratta di una non trascurabile pronuncia in cui il Giudice Amministrativo (precisamente adito su ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per l'annullamento dell'ordinanza del Presidente della Regione Calabria del 29 aprile 2020, n. 37) ha, incidentalmente, avuto modo di puntualizzare che il D.P.C.M. del 26 aprile 2020⁸⁵ «non è un atto a carattere normativo, bensì un atto amministrativo generale»⁸⁶.

- Ex multis, ed in relazione al Codice del Processo Amministrativo, appare significativo rimandare a quanto ricostruito in F. G. SCOCA, Sulla generalità della tutela, in F. G. SCOCA (a cura di), Giustizia Amministrativa, Torino, Giappichelli, 2013, p. 166 ss.; M. LUCIANI, Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale, in Rivista AIC, n. 4/2014, pp. 1-54; A. PROTO PISANI, L'importanza dell'articolo 113, III comma Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro gli atti della Pubblica amministrazione, in Questione giustizia, n. 3/2015, pp. 149-152; F. FRANCARIO M. A. SANDULLI (a cura di), Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzarolli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.
- ⁸³ «La situazione contingente ha costretto i decisori politici a scelte difficili, alcune delle quali sono certo state mosse dall'ansia di dimostrare il proprio impegno sul campo» G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, p. 352. L'Autore, fra l'altro, riporta a sostegno delle proprie pregevoli ricostruzioni sul punto quanto esaminato in A. MORELLI, Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, in Diritti regionali, 4 aprile 2020, n. 1/2020, p. 519 ss.; A. D'Aloia, Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus, in Biolaw Journal, n. 2/2020.
- ⁸⁴ Per dei preziosi commenti in dottrina si rimanda, *ex multis*, a L. GIURATO, *Le relazioni "pericolose" tra enti territoriali nella gestione dell'emergenza Covid-19: il principio di leale collaborazione come baluardo dell'interesse nazionale?*, in *Diritti Fondamentali.it*, n. 2/2020; E. GUARNA ASSANTI, *Il processo amministrativo e la giurisdizione (s)oggettiva. Considerazioni sulla sentenza n. 841/2020 del TAR Calabria*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici*, n. 1-2-3/2020; F. F. PAGANO A. SAITTA F. SAITTA, *Il giudice amministrativo stoppa la ripartenza anticipata della Regione Calabria: sul lockdown è lo Stato a dettare legge*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2020.
- ⁸⁵ Si badi che la stessa, identica, affermazione del summenzionato T.A.R. Calabria può, benissimo, farsi valere per ogni altro "omologo" D.P.C.M. intervenuto nella concreta gestione dell'emergenza epidemiologica: sia sul piano dell'*iter* di formazione del decreto che, per altro, sotto il profilo sostanziale dei contenuti contraddistinguenti i Decreti in esame.
- ⁸⁶ T.A.R. Calabria, Sez. I, sen. 9 maggio 2020, n. 841, par. 19 del Fatto e Diritto. Di recente anche il Giudice Ordinario ha ricondotto la natura giuridica dei D.P.C.M. a quella degli "atti amministrativi generali", si confronti: Giudice di Pace di Frosinone, sent. 29 luglio 2020, n. 516. Preme tuttavia puntualizzare come il citato Giudice di Pace di Frosinone ancorché abbia, espressamente, riconosciuto la natura di atti amministrativi generali dei D.P.C.M., specificandone la peculiare funzione di atto di alta amministrazione, sia giunto ad una sorprendente disapplicazione del D.P.C.M. a monte della sanzione impugnata: non mostrando, invero, di considerare appieno l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa maturato in relazione ai profili di sindacabilità e connessa annullabilità di un atto di alta amministrazione; logicamente preliminare rispetto alla, legittima, disapplicazione da parte del Giudice Ordinario di atti di tale natura.

AMBIENTEDIRITTO	

Del resto - ad un'attenta analisi⁸⁷ - sarebbe assai difficile sostenere che i D.P.C.M. adottati concretamente per la gestione dell'emergenza da Covid-19 siano riconducibili a dei 'decreti regolamentari'⁸⁸.

Il che può agevolmente argomentarsi risalendo dall'insegnamento, ormai, consolidato della giurisprudenza amministrativa sui 'criteri' d'identificazione della "natura normativa" (rectius regolamentare) di un decreto.

D'altronde, Vezio Crisafulli ricorderebbe in proposito che «non si tratta, beninteso, di costruire un concetto teoretico di norma [...] per poi trasferirlo meccanicamente nell'ordinamento, quanto piuttosto di ricostruire, in base ai dati che questo ci offre, quali siano i concetti di fonte normativa»⁸⁹ effettivamente relazionabili, o meno, alla natura degli inediti D.P.C.M. intervenuti nella gestione della recente emergenza del Covid-19.

Ebbene, la consolidata giurisprudenza amministrativa prende congiuntamente in considerazione due criteri per la verifica inerente alla natura regolamentare di un decreto ministeriale, ossia: 1) da un lato, il criterio formale; 2) dall'altro lato, un criterio sostanziale.

In linea generale:« il criterio formale consiste nella qualificazione espressa dell'atto come avente natura normativa. La qualificazione può avvenire secondo una duplice modalità, potendo essa provenire dallo stesso ente che pone in essere il singolo atto ovvero dal legislatore nella fase di disciplina del contenuto dell'atto stesso. La prima modalità è imposta per i regolamenti statali, con disposizione generale, dall'art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400»90. Sicché il criterio formale attiene, chiaramente, all'iter di formazione del decreto, considerato rispetto alla disciplina fissata dall'articolo 17, comma 3 e 4, della Legge del 23 agosto 1988, n. 400.

Laddove, pertanto, assume un pregnante rilievo l'elemento ('formale', per l'appunto) secondo cui i decreti possono dirsi regolamentari nella misura in cui essi:« devono recare la denominazione di "regolamento", [e] sono adottati previo parere del Consiglio di Stato, sottoposti al visto ed alla registrazione della Corte dei Conti e sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale»⁹¹.

In tal senso è incontrovertibile che i numerosi D.P.C.M. emanati per la gestione dell'emergenza da Covid:« [...] non sono stati adottati nelle forme dell'art. 17, l. n. 400 del 1988, solo genericamente richiamata nell'incipit del preambolo: [tutti i D.P.C.M. infatti] non recano la denominazione di regolamento e non sono stati adottati previo parere del Consiglio di Stato»⁹².

Eppure nonostante la palese assenza del richiamato criterio formale non si può (e non si deve) ignorare il fatto che le «prescrizioni formali e procedimentali, essendo poste con una legge ordinaria, possono essere modificate da una legge successiva che potrebbe, pertanto,

⁸⁷ Per un'energica esclusione della natura regolamentare dei D.P.C.M. adottati durante l'emergenza epidemiologica pare utile rimandare, qui, alle riflessioni sviluppare in L. BUFFONI, *L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale 2020, p. 496 ss.

⁸⁸ Per una ricostruzione relativa ai caratteri tipici dei "decreti regolamentari" si confrontino, *ex plurimis*, le seguenti decisioni del Giudice Amministrativo: Cons. St., Sez. Quarta, sent. 16 febbraio 2012, n. 812; Cons. St., Sez. Terza, sentt. 28 marzo 2014, n. 1501; 13 ottobre 2014, n. 5052; Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035; Cons. St., Sez. Sesta, sentt. 24 aprile 2017, nn. 3665 e 3666; Sez. Seconda, sent. 12 febbraio 2020, n. 1077; Sez. Quarta, sent. 2 marzo 2020, n. 1478.

⁸⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, p. 20.

⁹⁰ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

⁹¹ Art. 17, comma 4, della Legge 23 agosto 1988, n. 400 (rubricata "Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri").

⁹² L. BUFFONI, L'ufficio di giurista: la forza/valore di legge e lo Stato d'eccezione, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, p. 496.

AMBIEN	TEDIRITT(

prevedere anche atti normativi "atipici" (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9, che [tuttavia] sembra richiedere che la legge debba indicare espressamente la deroga eventuale al modello procedimentale disciplinato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988). L'"atipicità", è bene puntualizzare, va intesa nel senso che può prevedersi un modello differente da quello prefigurato dall'art. 17 e non che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisca procedura di formazione e [soprattutto i] contenuti»⁹³.

Né pare - onestamente - che i D.P.C.M. adottati per la gestione dell'emergenza epidemiologica siano - davvero - riconducibili alla residuale categoria degli atti normativi "atipici", nel senso sopra delineato: per lo meno alla luce dell'esile copertura legislativa manifestata dai Decreti Legge licenziati "a monte" dal Governo; senza trascurare che difformemente da quanto richiesto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2012, n. 9, i Decreti Legge intervenuti nell'emergenza non indicano espressamente una deroga rispetto al modello procedimentale contemplato dall'articolo 17 della Legge 400/1988. Ma pure a voler (forzatamente) ritenere comunque soddisfatto il "criterio formale" della, improbabile, natura regolamentare dei D.P.C.M. (per via di una potenziale "atipicità formale") non si può, in verità, mai prescindere dal valutare la sussistenza del "criterio sostanziale" degli atti normativi, quale criterio non affatto alternativo, bensì - si badi - di carattere cumulativo rispetto al requisito formale.

Ebbene, sempre la consolidata giurisprudenza amministrativa riconosce che «il criterio sostanziale valorizza la natura intrinseca dell'atto che, per essere normativo, deve avere i seguenti caratteri: i) generalità, intesa quale indeterminabilità a priori ed a posteriori dei soggetti ai quali l'atto si indirizza; ii) astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete; iii) innovatività, intesa quale capacità di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento»⁹⁴.

Dal che non viene difficile (a ben riflettere) 'dubitare', seriamente, che i plurimi D.P.C.M. fin qui adottati (e se ne contano almeno 19⁹⁵ - di cui il primo risale al 23 febbraio 2020 - con una 'media' di tre al mese) si connotino per una ('marchiana') carenza del carattere dell'astrattezza: intesa, questa, quale "indefinita" "ripetibilità ed applicabilità" dell'atto normativo rispetto ad ogni potenziale fattispecie sottendibile al suo regime.

Per dirla - in altri termini - con Livio Paladin, l'astrattezza «comporta che la norma stessa sia atta a ricevere una serie di applicazioni indefinite ed indefinibili a priori, anziché limitarsi a risolvere un puntuale ed attuale problema della vita. In altre parole, l'astrattezza è stata intesa in dottrina come [specifico] sinonimo di ripetibilità» ⁹⁶.

⁹³ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

⁹⁴ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto. Sui caratteri della generalità, dell'astrattezza e della novità di una 'fonte normativa' è significativo il richiamo alle autorevoli ricostruzioni sviluppate brillantemente in V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, p. 26 ss.; L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, p. 124 ss. Più di recente si confrontino (*ex multis* e senza, qui, pretese di esaustività) le diffuse analisi ricostruite in L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2007; A. CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e modelli del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli, 2013; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014; A. MORRONE, *Fonti normative*, Bologna, il Mulino, 2018; S. M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, Giappichelli, 2019.

⁹⁵ Si rimanda, tra i vari siti consultabili, ai dati pubblicati sul sito https://anci.lombardia.it.

⁹⁶ L. PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Padova, Cedam, 1998, p. 128.

A	MBIENTEDIRITTO

Mentre appare piuttosto evidente come la ripetibilità ed applicabilità (e gli stessi connessi effetti) di molti dei D.P.C.M. intervenuti sul *Coronavirus* si siano repentinamente - esauriti dopo, solo, pochi giorni dalla loro adozione. Senza fra l'altro considerare che accanto ad una (possibile) lacuna dell'elemento dell'"astrattezza" in diversi casi i D.P.C.M. (si pensi a quello sul 'lavoro agile' od a quello relativo alle 'competizioni sportive') si sono caratterizzati per una 'generalità parziale', in quanto -cioè - limitata sotto il profilo di un'indeterminabilità a priori (*ex ante*) ma non anche (*ex post*) a posteriori: attesa la loro oggettiva 'funzionalizzazione' alla cura di un interesse pubblico inverabile nella realizzazione di un 'obiettivo concreto e ben determinato', ovverosia di un obiettivo 'circoscritto' e, comunque, strutturalmente esauribile.

Tutto ciò, inoltre, non può non essere combinatamente letto alla luce della fondamentale considerazione per cui secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa «nella definizione della relazione tra i due criteri esposti [formale e sostanziale], deve rilevarsi come quello sostanziale rivesta una posizione di preminenza, in quanto se si assegnasse al criterio formale valenza autosufficiente ai fini della qualificazione giuridica dell'atto, il rischio [...] sarebbe quello di una possibile elusione delle modalità e competenze, anche costituzionali, che devono essere rispettate nell'adozione dei singoli atti. Nondimeno, il criterio formale assume rilevanza ai fini di interpretazione dei provvedimenti da qualificare e, in particolare, di quelli che presentano un contenuto di non semplice decifrabilità, contribuendo, così, ad individuare la stessa natura sostanziale dell'atto»⁹⁷.

Il che si impone soprattutto nella (non semplice) demarcazione giurisprudenziale del 'confine' tra gli atti normativi, da un lato, e gli atti amministrativi non regolamentari (ossia privi del carattere della normatività), dall'altro: e specialmente allorché si tratti degli 'atti amministrativi generali'.

«L'atto amministrativo generale, rispetto a quello normativo, si caratterizza [infatti] per la [duplice] circostanza che [da un lato] i suoi destinatari sono indeterminabili a priori ma certamente determinabili a posteriori (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9)» e, dall'altro lato, per l'intima natura di rinvenire la propria ratio existendi (più che nella disciplina di fattispecie astratte ed indefinite nella loro ripetibilità) nella 'puntuale funzione' (amministrativa) di «regolare specifici procedimenti amministrativi. Ulteriore considerazione che non può essere trascurata è che nei casi in cui l'Amministrazione esercita il pubblico potere conferitole dalla legge mediante l'utilizzo di atti amministrativi generali, questi si inseriscono in (anzi di norma avviano) una sequenza procedimentale che si conclude con dei provvedimenti amministrativi espressi. Si pensi alla relazione esistente tra bando di gara ed aggiudicazione all'operatore economico od a quella tra bando di concorso e graduatoria finale dei candidati vincitori» 99.

Non si ignora, d'altro canto, che il *discrimen* tra decreto regolamentare ed atto amministrativo generale possa anche risultare, talvolta, incerto¹⁰⁰.

⁹⁷ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

⁹⁸ Cons. St., Sez. Sesta, sent. 30 novembre 2016, n. 5035, par. 5 del Considerato in diritto.

⁹⁹ TAR Lazio, Sez. Terza Bis, sent. 20 luglio 2020, n. 8389.

contenuto non normativo, in Il Foro Italiano, n. 10/1954, pp. 217-224; G. SANTANIELLO, Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, in Il Foro Italiano, n. 10/1954, pp. 217-224; G. SANTANIELLO, Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, Milano, Giuffrè, 1963; G. DELLA CANANEA, Gli atti amministrativi generali, Padova, Cedam, 2000; E. MAROTTA, Atti amministrativi generali e normatività, Napoli, Arte tipografica, 2006. Più di recente si leggano, altresì, M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali, in Diritto Amministrativo, n. 1-2/2013, pp. 53-115; B. TONOLETTI, Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo, in Diritto Amministrativo, n. 2-3/2015, pp. 389-432; S. PANIZZA

AMBIENTEDIRITTO

Tuttavia (se ci ponessimo prudentemente tanto nel profondo solco del consolidato orientamento del Giudice Amministrativo¹⁰¹ quanto, oltre tutto, lungo i 'sentieri' dell'adesiva interpretazione della giurisprudenza costituzionale¹⁰²) all'interprete soccorre, sempre, una regola ("di massima") fondata sull'apprezzamento (sostanziale) dei caratteri di generalità, innovatività ed astrattezza, quali dati qualificanti l'atto normativo, laddove, in particolare, nell'ambito del, talora, sottile 'confine' tra 'atto normativo' ed 'atto amministrativo generale' viene utilizzato il (dirimente) criterio della "indeterminabilità" dei destinatari dell'atto, finendo cioè per assumere rilevanza 'cruciale' il punto che:« è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori (essendo proprio questa la conseguenza della generalità ed astrattezza); mentre è atto amministrativo generale quello i cui destinatari sono indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori, atteso che l'atto in questione è destinato a regolare non una serie indeterminata di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, una caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti»¹⁰³.

Pertanto - detto in estrema sintesi e seppur, qui, al costo di, possibili, semplificazioni - la tesi di una 'natura regolamentare' dei D.P.C.M. intervenuti nella gestione statale dell'emergenza epidemiologica rischia di non reggere affatto: il che tanto sotto il profilo del "criterio formale" di un atto normativo quanto - soprattutto - sul 'dirimente' piano del, così detto, "criterio sostanziale" della natura normativa (*rectius* regolamentare) di un decreto. Calati in quest'ottica ogni possibile iniziale incertezza sull'opaca natura giuridica degli, inediti, D.P.C.M. adottati per la gestione emergenziale non può che andare - via via - assottigliandosi lungo la strada di un (più rassicurante) dissolvimento dei dubbi. Tanto è vero che esclusa (come sopra ricostruito) la via (impercorribile) di una riconducibilità della natura dei D.P.C.M. a quella propria delle "ordinanze di protezione civile" e, tanto più, allontanata la tesi di una loro natura 'regolamentare' non restano, in verità, altro (sullo sfondo) che le argomentazioni di un loro, ragionevole, inquadramento come "atti amministrativi generali" 104.

D'altronde non può, qui, sottacersi un'autorevole - ed alquanto calzante - osservazione maturata in dottrina in relazione agli "atti amministrativi generali". «Tra il regolare e il provvedere esiste [infatti] una tensione, determinata dalla differente disciplina che risulta appropriata per l'uno e per l'altro genere di prescrizioni. L'atto generale è un contenitore in cui possono coesistere, anche simultaneamente, contenuti strutturalmente assai diversi tra loro» 105.

(a cura di), La qualità degli atti normativi e amministrativi, Pisa, Pisa University Press, 2016.

¹⁰¹ Ex plurimis, Cons. St., Sez. Quarta, sent. 16 febbraio 2012, n. 812; Cons. St., Comm. Spec., parere 26 giugno 2013, n. 3014; Cons. St., Sez. Sesta, sentt. 30 novembre 2016, n. 5035; 24 luglio 2017, n. 3665. Sul punto si rimanda (ex multis) in dottrina (senza, ovviamente, pretese di esaustività) a quanto diffusamente ricostruito in G. Della Cananea, Gli atti amministrativi generali, Padova, Cedam, 2000; M. Ramajoli - B. Tonoletti, Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali, in Diritto Amministrativo, n. 1-2/2013, pp. 53-115; G. Cocozza, Riflessioni sul controllo giurisdizionale nei confronti dei regolamenti e degli atti amministrativi generali, in Federalismi.it, numero speciale 2/2017.

¹⁰² Ex multis, C. cost., sentt. 22 luglio 2010, n. 278; 4 giugno 2012, n. 139.

¹⁰³ Cons. St., Sez. Terza, ord. 11 dicembre 2019, n. 8435, punto 27.4.

¹⁰⁴ «Gli atti amministrativi generali hanno destinatari che per quanto non determinabili a priori lo diventano a posteriori; essi inoltre esauriscono la loro efficacia con le singole applicazioni» S. TARULLO, Manuale di Diritto Amministrativo, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 310.

¹⁰⁵ M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2013, p. 84.

Sicché l'"atto amministrativo generale" assume la preziosa peculiarità di porsi in una pressoché 'naturale' posizione 'intermedia' tra l'atto normativo ed il (classico) provvedimento amministrativo: nella misura in cui - vale a dire - l'"atto amministrativo generale" assume rispetto all'"atto normativo" un carattere 'concreto', mentre a differenza del 'tipico' provvedimento amministrativo non regola una singolare situazione, bensì la contestualità di situazioni molteplici, sulle quali l'atto generale è 'legalmente' finalizzato ad incidere per la cura di un interesse pubblico inverabile nella realizzazione di un obiettivo amministrativo ad 'ampio respiro', per quanto, in ogni caso, 'strutturalmente' (e temporalmente) esauribile (particolarmente se considerato in relazione alle, ontologicamente differenti, 'finalità' proprie di un atto normativo).

«Nello specifico, infatti, a differenza dei regolamenti amministrativi, che si caratterizzano per il concorso dei caratteri dell'astrattezza, della generalità e dell'innovatività dell'ordinamento giuridico, gli atti amministrativi generali, pur considerabili quali lex specialis in riferimento ad un determinato evento giuridico, sono destinati a produrre il loro effetto solo con riferimento a tale evento e per il periodo della sua durata. Da ciò ne deriva, quindi, che gli atti amministrativi generali possano collocarsi in una posizione intermedia tra il provvedimento amministrativo e il regolamento e debbano distinguersi dagli atti plurimi e collettivi che, pur essendo plurisoggettivi, si rivolgono in realtà singolarmente a ciascun destinatario dell'atto» 106.

Il che, ad un'attenta analisi, sembrerebbe non 'soltanto' atteggiarsi come la corretta via teorica per 'fugare' ogni scomoda incertezza normativa inverata sull'adozione degli inediti D.P.C.M. nella magmatica 'gestione' dell'emergenza ma (quale possibile, e sensata, spiegazione delle scelte di 'politica legislativa' del Governo) consentirebbe, senz'altro, di allineare i D.P.C.M. nel quadro dei 'consolidati' studi ed orientamenti del diritto pubblico italiano. Infatti, l'inquadramento dogmatico dei D.P.C.M. sul Covid-19 come "atti amministrativi generali" ben si inserirebbe teoricamente - senza strappi - nel contesto dei pregressi studi pubblicistici sotto un duplice piano: sia sotto il profilo del celebre fenomeno della "fuga dal regolamento" che, oltre tutto, sul non

¹⁰⁶ A. LUCARELLI, Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria, in Rivista AIC, n. 2/2020, p. 570. Appare utile, per altro, puntualizzare come l'Autore richiami (fra gli altri) a sostegno delle proprie (condivisibili) ricostruzioni A. M. SANDULLI, Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo, in Il Foro Italiano, n. 10/1954, pp. 217-224; G. DELLA CANANEA, Gli atti amministrativi generali, Padova, 2000; M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali, in Diritto Amministrativo, n. 1-2/2013, pp. 53-115; C. CUDIA, L'efficacia "dimensionale" dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali, in Diritto Amministrativo, n. 4/2016, pp. 719-756.

¹⁰⁷ E comunque già in passato, ad onor del vero, il Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri è stato qualificato espressamente dalla giurisprudenza amministrativa come un «atto amministrativo generale»: si confrontino - *ex multis* - Cons. St., Sez. Quarta, sent. 12 aprile 2018, nn. 2201 e 2203.

senza alcuna pretesa di esaustività appare significativo rimandare ex multis in dottrina ad U. De Siervo, Lo sfuggente potere regolamentare del Governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 l. n. 400 del 1988), in Scritti per Mario Nigro, Milano, Giuffrè, 1991, p. 277 ss.; L. Paladin, Le fonti del diritto italiano, Bologna, il Mulino, 1996, p. 356 ss.; F. Modugno - A. Celotto, Un "non regolamento" statale nelle competenze concorrenti, in Quaderni Costituzionali, n. 2/2003, pp. 355-356; F. Cintioli, Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti, Torino, Giappichelli, 2007, p. 43 ss.; G. Tarli Barbieri, Il potere regolamentare nel caos senza fine della produzione normativa in Italia, in M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzanella (a cura di), Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici, Torino, Giappichelli, 2011, p. 489 ss.; B. Tonoletti, Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo, in Diritto Amministrativo, n. 2-3/2015, pp. 389-432; N. Lupo, La normazione secondaria e il fenomeno della fuga dalla legge n. 400 del 1988 al vaglio del Comitato per la legislazione, in Federalismi.it, n. 3/2017.

AMBIENTEDIRIT	TC

trascurabile piano di una 'parallela' fuga (del Governo) dalle 'accese critiche' mosse dalla dottrina avverso l'utilizzo di ordinanze *extra ordinem*¹⁰⁹.

In tal senso - pur al netto delle distorsioni costituzionali nel ricorso al Decreto Legge, nonché della lamentata lesione del principio di legalità - verrebbe a poter spiegarsi il perché il Governo abbia "privilegiato" gestire, concretamente, l'emergenza attraverso lo strumento del D.P.C.M.: attesa la sua - senz'altro migliore - 'agilità' (di regolazione) tanto rispetto al modello disciplinato *ex articolo* 17 della Legge 400/1988 che a maggior ragione rispetto alle più solenni forme di disciplina contemplate dall'articolo 77 della nostra Carta costituzionale.

Oltretutto, sul piano squisitamente "politico/istituzionale" - inerente alle dinamiche relazionali tra le Camere ed il Governo - non dovrebbe sottacersi che nonostante la decretazione d'urgenza fosse patologicamente divenuta negli anni addietro un abusato strumento di legislazione 'ordinaria' in circostanze normali¹¹⁰ appare paradossale che

109 Ex multis, si confrontino (senza, qui, nessuna pretesa di esaustività nell'alveo dell'ampia letteratura) U. GARGIULO, I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo, Napoli, Jovene, 1954; F. BARTOLOMEI, Potere di ordinanza e ordinanze di necessità, Milano, Giuffrè, 1979; F. MODUGNO - D. NOCILLA, Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, Giuffrè, 1988, Volume 3, pp. 513-553; R. CAVALLO PERIN, Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza, Milano, Giuffrè, 1990; L. PALADIN, Le fonti del diritto italiano, Bologna, il Mulino, 1996, p. 53 ss.; G. P. Dolso, Emergenza, diritto alla salute e interesse nazionale, in Le Regioni, n. 6/1999, pp. 1158-1165; F. SORRENTINO, Legalità e delegificazione, in Diritto Amministrativo, n. 3-4/1999, pp. 359-380; C. VENTIMIGLIA, Una emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile, in Il Consiglio di Stato, n. 4/2004, pp. 941-975; R. FERRARA, Potere di ordinanza fra necessità e legalità 'storia infinita' delle tutele ambientali extra ordinem, in Il Foro Amministrativo, n. 9/2007, pp. 2919-2920; C. PINELLI, Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana, in Diritto Pubblico, n. 2/2009, pp. 317-338; A. CARAPELLUCCI, Il potere d'ordinanza oltre l'emergenza: i problemi dell'impiego ordinario di uno strumento extra ordinem, in Il Foro Amministrativo - TAR, n. 1/2010, pp. 321-339; A. CARDONE, La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, Giappichelli, 2011; G. MORBIDELLI, Delle ordinanze libere a natura normativa, in Diritto Amministrativo, n. 1-2/2016, pp. 33-70; E. C. RAFFIOTTA, Le ordinanze extra ordinem in materia ambientale: ex facto ius oritur, in Rassegna Parlamentare, n. 3/2016, pp. 495-515; E. C. RAFFIOTTA, Norme d'ordinanza. Contributo ad una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative, Bologna, Bononia University Press, 2020.

¹¹⁰ Ex plurimis, nell'ampia letteratura sul punto, si rimanda senza nessuna pretesa di esaustività a R. IANNOTTA, Aspetti problematici dell'attuale metodologia giuridica, in Foro Amministrativo, n. 12/1970, pp. 972-981; F. CAZZOLA - A. PREDIERI - G. PRIULLA, Il Decreto Legge fra Governo e Parlamento. Il processo legislativo nel Parlamento italiano, Milano, Giuffrè, 1975; A. A. CERVATI, Interrogativi sulla sindacabilità dell'abuso del decretolegge, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 4-6/1977, pp. 874-884; V. CRISAFULLI, La metamorfosi del decretolegge, in Tempo, 13 novembre 1979, p. 1; G. BRANCA, Decretomania. Il governo dispone e il parlamento ... approva, in Astrolabio, n. 2/1979, pp. 12-13; A. BALDASSARRE, Una precisa strategia antiparlamentare e antipopolare. A ritmi sfrenati l'abuso dei decreti legge, in Rinascita, 25 luglio 1980, p. 11; S. LABRIOLA, L'abuso dei decreti-legge. Le modifiche possibili, in Politica del Diritto, n. 3/1980, pp. 383-386; V. ONIDA, Recenti sviluppi della forma di Governo in Italia: prime osservazioni, in Quaderni Costituzionali, n. 1/1981, pp. 7-31; G. BOCCACINI, Governo dimissionario e decretazione d'urgenza, in Quaderni Costituzionali, n. 1/1987, pp. 144-148; L. PALADIN, L'abuso dei decreti-legge e la riforma del sistema, in Messaggero, 17 marzo 1988, p. 1; S. M. CICCONETTI, La reiterazione dei decreti legge, in Politica del Diritto, n. 3/1995, pp. 383-392; L. PALADIN, Atti legislativi del Governo e rapporti tra i poteri, in Quaderni Costituzionali, n. 1/1996, pp. 7-29; C. DE MICHELI, Governare senza legiferare: l'analisi dell'attività di decretazione (e di reiterazione) tra Prima e Seconda Repubblica, in Quaderni Costituzionali, n. 3/1997, pp. 515-540; M. LIPARI, La Corte costituzionale ferma l'abuso del decreto-legge, in Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente, n. 1/1997, pp. 24-27; A. CELOTTO, L'«abuso» del decreti-legge, Padova, Cedam, 1997; A. CELOTTO, Spunti ricostruttivi sulla morfologia del vizio da reiterazione di decreti-legge: osservazione a Ord. (20 maggio) 26 maggio 1998 n. 194, in Giurisprudenza costituzionale, n. 3/1998, pp. 1562-1571; N. MACCABIANI, La reiterazione dei decreti-legge successivi alla sentenza

AMBIENTEDIRITT(

proprio in un caso straordinario di necessità ed urgenza come il *Coronavirus* quel medesimo strumento (che avrebbe, senz'altro, ammesso un 'minimo' confronto politico in Parlamento ed all'interno del Governo stesso, sulle concrete misure di regolazione da adottare sul Covid) sia stato pressoché politicamente scartato nelle strategie di Governo preordinate ad affrontare l'emergenza. Essendo alquanto evidente che il ricorso operato dal Governo nei confronti dell'istituto del Decreto Legge, per la gestione dell'emergenza virologica, ne abbia incontrovertibilmente appiattito la *ratio* costituzionale: con uno svilimento, vale a dire, della natura che dovrebbe essere, *ex se*, propria del Decreto Legge^{III}, fino alla conseguenza di 'trasformarlo' ('esclusivamente') in un istituto di, mera, assicurazione della *«base legale per un anomalo e inedito abuso dello strumento di più rapida adozione, il Dpcm»*^{II2}.

Con la diretta e gravida conseguenza che «sul piano giuridico, il diritto amministrativo, deputato a risolvere il caso concreto, si [è] trova[to], in prima linea, a dovere disciplinare [rectius 'regolare'] la paura negli ambiti più critici (personale, sanitario ed economico)»¹¹³.

La qual cosa se letta oculatamente (alla luce delle basilari coordinate di garanzia per le posizioni giuridiche soggettive incise dall'esercizio del potere) nell'alveo del vigente diritto pubblico italiano rischia - tuttavia - di 'svelarsi' (drammaticamente) come 'perversa'. Il che se soltanto ci si fermasse a considerare attentamente lo specifico regime d'impugnabilità dei più volte citati D.P.C.M. di gestione dell'emergenza epidemiologica.

360/1996 della Corte costituzionale, in Rassegna Parlamentare, n. 2/2001, pp. 423-441; A. CONCARO, La Corte costituzionale e il decreto-legge privo dei presupposti di necessità ed urgenza, in Quaderni Costituzionali, n. 4/2007, pp. 831-833; U. ALLEGRETTI, Un rifiuto presidenziale ben fondato, in ASTRID Rassegna, n. 3/2009; A. CELOTTO, Problemi sul decreto-legge, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; R. DI MARIA, La vis expansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel "ruolo" degli atti aventi forza di legge, in Diritto e Questioni pubbliche, n. 10/2010, pp. 304-335; A. CARDONE, La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, Giappichelli, 2011; M. BENVENUTI, Alle origini dei decreti-legge. Saggio sulla decretazione governativa di urgenza e sulla genealogia nell'ordinamento giuridico dell'Italia prefascista, in Nomos. Le attualità del diritto, n. 2/2012; P. VIPIANA, L'emanazione presidenziale degli atti governativi con forza di legge, Padova, Cedam, 2012, p. 55 ss.; A. CELOTTO, C'è sempre una prima volta ... La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza di presupposti, in www.giustamm.it; G. MARONGIU, Il Parlamento convertito alle 'conversioni': l'abuso del decretolegge fiscale, in Rivista Trimestrale di Diritto tributario, n. 3/2012, pp. 653-684; A. CELOTTO, La "seconda rondine": ormai c'è un giudice per i presupposti del decreto-legge, www.giustamm.it; G. Di Cosimo, Come non si deve usare il decreto-legge, in Forum di Quaderni Costituzionali, n. 1/2014; G. BERNABEI, Riflessione critica sulla decretazione d'urgenza, in Federalismi.it, n. 21/2014; S. MURGIA, Alcuni paradossi dell'abuso della decretazione d'urgenza e gli effetti negativi sull'esercizio della funzione legislativa, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2016; S. ROSSI - N. SCARPELLINI, La tartaruga a vela. Funzioni ed evoluzione del decreto-legge nell'ordinamento costituzionale, in Forum di Quaderni Costituzionali, n. 1/2017; L. BARTOLUCCI - A. RAZZA, Prassi e criticità nella fase genetica del decreto-legge, in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2019.

Ex multis, L. PALADIN, In tema di decreti-legge, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 3/1958, pp. 534 584; C. ESPOSITO, voce Decreto Legge, in Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè, 1962, Vol. XI, pp. 831-867.

¹¹³ F. SICILIANO, *Icaro, Perseo e la Gorgone: dal diritto amministrativo dell'emergenza al modello di declinazione della paura da pandemia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2020, p. 41.

[&]quot;12 «Se solo si pensa che la decretazione d'urgenza, spesso associata alla questione di fiducia su un maxiemendamento, è divenuta oramai strumento di [patologica] legislazione ordinaria, in circostanze normali, è evidente come quel medesimo strumento, che comunque ammette un minimo di confronto in Parlamento e all'interno del Governo, non voglia essere utilizzato in circostanze assolutamente emergenziali, ma divenga la base legale per un anomalo e inedito abuso dello strumento [...] di più rapida adozione, il Dpcm» M. BELLETTI, La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, p. 195.

AMBIEN	TEDIRITT(

Ebbene, in generale, è senz'altro noto a tutti che nel nostro ordinamento «l'impugnabilità rileva sotto il profilo dell'interesse a ricorrere ed allora è impugnabile il provvedimento amministrativo che decide in ordine all'interesse pubblico di cui l'amministrazione è attributaria e produce effetti nei confronti dei destinatari dell'atto e dei terzi, per cui il provvedimento deve essere efficace, non potendo il ricorrente chiedere l'annullamento di un atto inefficace (perché, per esempio, non è ancora intervenuto il controllo o l'evento cui è subordinata l'efficacia) [e] che non lede in maniera attuale l'interesse sostanziale. [Al contempo, portando tale presupposto alle sue estreme conseguenze è] consentita l'impugnativa anche di atti non aventi natura [squisitamente] provvedimentale poiché il principio [generale] è l'ammissibilità di domande di annullamento di atti che, comunque, rechino al ricorrente una lesione personale, diretta ed attuale dell'interesse sostanziale»¹¹⁴.

Da ciò consegue direttamente che gli atti amministrativi generali in ragione della loro generalità (seppur solo *ex ante*) non sono, di solito, immediatamente impugnabili, giacché l'impugnazione viene differita unitamente a quella dei loro atti applicativi, che rendono - vale a dire - 'attuale', 'diretta' e 'concreta' la lesione dell'interesse sostanziale del ricorrente rispetto alla ('generale') 'regolazione' dell'"atto amministrativo generale".

Unica eccezione alla 'regola' dell'impugnabilità differita degli "atti amministrativi generali" si rinviene soltanto qualora l'atto generale dovesse disciplinare compiutamente l'attività e le posizioni dei destinatari, ponendo cioè prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive degli interessi sostanziali dei destinatari. Ovviamente una simile analisi non potrebbe che essere fatta di caso in caso a seconda dei singoli D.P.C.M. intervenuti nel contesto della gestione emergenziale: sarebbe in questa sede sbagliato pensare di operare una valutazione 'globale' del grado di lesività, più o meno diretta, delle singole prescrizioni contemplate dai D.P.C.M.

Ciò che si può, piuttosto, sostenere senza timori è che per i D.P.C.M. del Covid-19 si 'imponga' il regime d'impugnabilità tipico degli atti "amministrativi generali".

Eppure al di là di quanto fin qui ricostruito (per taluno, forse, addirittura 'banale') ciò che si vorrebbe evidenziare è che per i D.P.C.M. intervenuti nella gestione emergenziale da Covid-19 non solo vale (e senza troppi dubbi) la 'regola' dell'"impugnabilità differita" (salvo l'ovvio caso di prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive degli interessi sostanziali dei destinatari) ma (oltre tutto) per essi il regime che è tipico degli "atti amministrativi generali" verrebbe pure ad 'incrociarsi' con quello, peculiare, degli atti di "alta amministrazione" 115.

¹¹⁴ E. FOLLIERI, *Gli atti impugnabili*, in F. G. SCOCA (*a cura di*), *Giustizia Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 288.

Cedam, 1973; G. Crepaldi, La motivazione degli atti di alta amministrazione, in Il Foro Amministrativo - CdS, n. 2/2003, pp. 3688-3693; M. P. Genesin, L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello, Napoli, Jovene, 2009; V. Cerulli Irelli, Politica e amministrazione tra atti 'politici' e atti di 'alta amministrazione', in Diritto Pubblico, n. 1/2009, pp. 101-134; G. Pepe, Atti politici, atti di alta amministrazione, leggi-provvedimento: forme di controllo e tutela del cittadino, in Giustizia Amministrativa, n. 2/2010, pp. 33-48; M. Belletti, "Torniamo allo Statuto" ... regionale. La rappresentanza di genere nelle Giunte regionali tra atto politico, atto di alta amministrazione e immediata precettività delle disposizioni statutarie, in Le Regioni, n. 5-6/2012, pp. 1016-1037; V. Cerulli Irelli, Sugli atti di 'alta amministrazione', in Giurisprudenza Costituzionale, n. 3/2013, pp. 1377-1387; L. FASCIO, L'attività di alta amministrazione nelle Regioni italiane, Torino, Giappichelli, 2014; F. TIGANO, Atto politico, atto di alta amministrazione ed atto amministrativo: nozione e caratteri, in S. Cognetti - A. Contieri - S. Licciardelli - F. Manganaro - S. Perongini - F. Saitta (a cura di), Percorsi di Diritto amministrativo, Torino, Giappichelli, 2014, p. 65 ss.; G. Pepe, Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e

AMBIENTEDIRITTO	

A ben riflettere, infatti, i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri posti in essere per la recente gestione dell'emergenza epidemiologica ben si atteggiano come un 'classico' caso di scuola per il diritto pubblico italiano in cui (*ex art.* 95, comma 1, Cost.) il Presidente del Consiglio "dirige la politica generale del Governo" e - soprattutto - "mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo" del Governo. Un'unità di indirizzo politico/amministrativo, in sé, assolutamente necessaria per affrontare un'emergenza di livello 'nazionale' come quella del *Coronavirus*.

E se si leggesse ciò alla luce del, pacifico quanto dirimente, fatto che un atto di "alta amministrazione" è per definizione l'atto «di suprema direzione della pubblica amministrazione, di raccordo della funzione di indirizzo politico con quella amministrativa»¹¹⁶ allora apparirebbe in modo (più che evidente) chiaro come gli intervenuti D.P.C.M. quali "atti amministrativi generali" abbiano assurto - nella triste emergenza del Covid - ad un ruolo (indiscutibile) di 'raccordo'.

Un 'raccordo' realizzato tra la funzione d'indirizzo politico estrinsecata nei Decreti Legge «sulla produzione normativa» ¹¹⁷ e le, discendenti, funzioni di "amministrazione attiva", esercitate, 'a valle', proprio sulla scorta delle 'misure' di "regolazione generale" contemplate (in funzione pressoché di 'giuntura') dai (numerosi) D.P.C.M. (di effettiva regolazione 'quotidiana' dell'emergenza) sul Covid.

La nota dolente - e qui si inserisce l'aspetto drammatico, celato dai 'D.P.C.M. sul Covid-19', per le garanzie delle sensibili posizioni soggettive dei consociati - è che l'"atto di alta amministrazione" (atteggiandosi come una determinazione collocata in posizione 'intermedia' tra gli atti politici ed i provvedimenti amministrativi) si contraddistingue rispetto a qualsiasi altro atto amministrativo per un peculiare regime d'impugnabilità, esistente in ragione dell'ampia discrezionalità sottesa alla funzione di raccordo tra "l'indirizzo politico", da un lato, e le ('classiche') funzioni amministrative, dall'altro lato.

L'attività di 'alta amministrazione' si realizza, infatti, nell'ordinamento italiano come quel genere di attività amministrativa immediatamente esecutiva dell'indirizzo politico, atteggiandosi cioè come il primo momento attuativo - seppur per linee generali - dell'indirizzo politico e caratterizzandosi per fungere «come anello di congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestione amministrativa»¹¹⁸.

Dal che - e dall'ampia discrezionalità sottesa alla loro adozione - discende la gravida conseguenza per cui gli "atti di alta amministrazione" sono sottoponibili ad un peculiare sindacato.

Un sindacato che, per intendersi, il Giudice Amministrativo ben definirebbe come "esterno" od "estrinseco" (o segnatamente "ab externo"): in quanto cioè rigorosamente limitato ad un astratto controllo giurisdizionale imperniato sulla mera coerenza e 'ragionevolezza' delle valutazioni compiute da parte dell'Amministrazione per l'emanazione dell'atto, nonché sull'eventuale manifesta insussistenza dei presupposti per l'adozione della decisione¹¹⁹.

leggi-provvedimento, in Federalismi.it, n. 22/2017.

¹¹⁶ B. G. MATTARELLA, *Provvedimenti amministrativi e altri atti di pubblici poteri*, in S. CASSESE (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 324.

¹¹⁷ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 303.

¹¹⁸ Cons. St., Sez. Quinta, 27 luglio 2011, n. 4502, par. 2 del Considerato in diritto.

¹¹⁹ Ex plurimis, si confrontino: Cons. St., Sez. Terza, sentt. 28 maggio 2013, n. 2895, 24 aprile 2015, n. 2054; 13 novembre 2018, n. 6374, 27 febbraio 2019, n. 1390, 14 maggio 2019, n. 3121, 13 agosto 2019, n. 5697; Cons. St.,

AMBIENTEDIRITTO

Detto in modo estremamente sintetico un atto di alta amministrazione «è censurabile unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza» ¹²⁰.

Tant'è che come - in più arresti - pedantemente ripetuto tra le pieghe delle proprie decisioni giurisdizionali, il Supremo Consesso Amministrativo ha espressamente finito per dichiarare (senza mezzi termini) che allorché si tratti dell'impugnazione di:« atti di alta amministrazione, il sindacato di questo Plesso giurisdizionale è limitato ai parametri di abnormità/irragionevolezza/irrazionalità ovvero di diretto e frontale contrasto con la norma di legge»¹²¹.

E se si leggesse codesto consolidato orientamento sull''atto di alta amministrazione' alla luce delle preziose conferme giurisprudenziali circa la natura "altamente discrezionale" condivisa dai (numerosi) D.P.C.M. adottati per la gestione del Covid-19 (si vedano i pur succinti decreti con cui il Giudice Amministrativo ha, di recente, respinto diverse istanze di sospensione cautelare degli effetti prodotti dagli impugnati D.P.C.M. luce allora sembrerebbe davvero breve il passo nell'accostare i caratteri tipici dell'"atto amministrativo generale" insiti nei D.P.C.M. alla loro, parallela, funzione ordinamentale di porsi «come anello di congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestione amministrativa» vera e propria.

Del resto proprio il D.P.C.M. (e specie gli intervenuti D.P.C.M. nella gestione emergenziale del Covid-19) è, di per sé, lo strumento amministrativo "per antonomasia" a disposizione del Presidente del Consiglio per assolvere al suo ruolo costituzionale di mantenimento - ex art. 95 Cost. - dell'"unità di indirizzo politico e amministrativo": ovverosia, in altri termini, per assicurare quel sensibile raccordo tra la funzione d'indirizzo e di programmazione politica e l'esercizio delle (unitarie) funzioni amministrative. Un raccordo che è di per sé tipico, come già scritto, di un "atto di alta amministrazione".

Tanto più che come (esaustivamente) ricostruito, di recente, dal T.A.R. Calabria¹²⁴ si può (ed anzi si deve) riconoscere che i Decreti Legge intervenuti «*sulla produzione normativa*»¹²⁵ del Covid-19 abbiano posto in essere l'istituto della, così detta, "chiamata in sussidiarietà legislativa"¹²⁶: con l'"avocazione" - vale a dire - al livello di governo

Sez. Quarta, sentt. 14 aprile 2001, n. 340; 6 giugno 2008, n. 2709, 9 novembre 2011, n. 5913, 4 maggio 2012, n. 2581, 26 settembre 2013, n. 4768; 3 luglio 2014, n. 3345, 21 settembre 2015, n. 4375, 8 febbraio 2016, n. 506, 24 agosto 2017, n. 4062, 6 novembre 2017, n. 5113, 12 settembre 2018, n. 5340; Cons. St., Sez. Sesta, 18 gennaio 2006, n. 129; 26 luglio 2010, n. 4862; 27 luglio 2011, n. 4502, 5 maggio 2016, n. 1779. Più di recente si confrontino, altresì, T.A.R. Molise, Sez. I, sent. 16 aprile 2020, n. 107; T.A.R. Lazio, Sez. Terza Ter, sent. 21 luglio 2020, n. 8502.

- ¹²⁰ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.
- ¹²¹ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 6 novembre 2017, n. 5113, par. 2.2 del Considerato in diritto.
- ¹²² Cons. St., Sez. Terza, decreti del 30 marzo 2020, n. 1553 e del 17 aprile 2020, n. 2028; T.A.R. Lazio, Sez. I, decreti 20 aprile 2020, n. 2915, 28 aprile 2020, n. 3322, 29 aprile 2020, n. 3453, 23 luglio 2020, n. 5002.
- ¹²³ Cons. St., Sez. Quinta, sent. 27 luglio 2011, n. 4502, par. 2 del Considerato in diritto.
- ¹²⁴ TAR Calabria, Sez. Prima, sent. 9 gennaio 2020, n. 841, par. 18.4 del Fatto e Diritto.
- ¹²⁵ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 303.
- La copiosa letteratura sul così detto "meccanismo di attrazione in sussidiarietà legislativa" è davvero troppo ampia per poter essere qui richiamata con qualche ambizione di esaustività, ciò posto sia consentito il rinvio senza nessuna pretesa di completezza a quanto efficacemente ricostruito in A. RUGGERI, Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare ...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia, in www.forumcostituzionale.it; G. SCACCIA, Le competenze legislative sussidiarie e trasversali, in Diritto Pubblico, n. 2/2004, pp. 461-500; L. VIOLINI, I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e "strict scrutinity", in Le Regioni, n. 2-3/2004, pp. 587-602; O. CHESSA, Sussidiarietà ed esigenze

Д	MBIENTEDIRITTO

statale sia di 'tutte' le funzioni amministrative repubblicane inerenti all'esercizio 'unitario' (ed infrazionabile) della gestione dell'emergenza epidemiologica, quanto (non di meno) delle ('parallele') competenze legislative regionali costituzionalmente preordinate alla disciplina delle funzioni 'attratte' dal Governo statale.

Chiaro come i D.P.C.M. - in un simile quadro ordinamentale - si siano, benissimo, 'prestati' a fungere (ed a maggior ragione) come (prezioso) strumento di 'raccordo' tra, da un lato, le funzioni amministrative 'attratte' dal Governo e, dall'altro lato, l'esercizio della potestà legislativa posta in essere mediante i Decreti Legge (estrinsecazione sia delle competenze legislative statali che, oltretutto, di quelle regionali, considerata, per l'appunto, la peculiare 'attrazione' in sussidiarietà legislativa).

Il punto è che se è vero (per quanto fin qui a grandi linee ricostruito) che gli intervenuti D.P.C.M. non hanno - assolutamente - la natura di "ordinanze di protezione civile", né quella di "decreti regolamentari" e se è, parimenti, vero (così come la consolidata giurisprudenza amministrativa e costituzionale sembrerebbe confermare ¹²⁷) che si tratti - piuttosto - di "atti amministrativi generali", funzionalmente 'inquadrabili' come dei tipici 'atti di alta amministrazione' (nel raccordo tra indirizzo e programmazione politica della gestione emergenziale, da una parte, ed esercizio delle funzioni di 'amministrazione attiva', dall'altra parte) allora la diretta conseguenza sarebbe che il regime d'impugnazione dei D.P.C.M. in esame venga, oggettivamente, a dover configurarsi (*ex parte civis*) *sub specie* di un sindacato giurisdizionale particolarmente 'debole' del Giudice Amministrativo. Il che, per lo meno, rispetto al generale regime di sindacabilità cui sono, normalmente, sottoposti tutti i ('classici') provvedimenti amministrativi.

unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto, in Le Regioni, n. 4/2004, pp. 941-954; M. CECCHETTI, Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della "codecisione paritaria" evitandone gli effetti perversi, in Le Regioni, n. 4/2004, pp. 1044-1053; A. MORRONE, Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica, in Quaderni Costituzionali, n. 2/2006, pp. 351-356; Q. CAMERLENGO, Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti, in Le Regioni, n. 2-3/2006, pp. 422-436; F. BENELLI, I criteri di allocazione delle competenze nella giurisprudenza costituzionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in Le Istituzioni del Federalismo, n. 1/2007, pp. 11-37; A. ANZON DEMMIG, Istanze di unità e istanze autonomistiche nel "secondo regionalismo": le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito, in Le Regioni, n. 4-5/2008, pp. 779-790; A. RUGGERI, Il problematico "bilanciamento" tra politica e diritto costituzionale (tornando a riflettere su Corte cost. n. 303 del 2003), in Le Regioni, n. 4-5/2008, pp. 849-864; L. VANDELLI, Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze: qualche nota a margine delle sentenze nn. 303/2003 e 14/2004 della Corte costituzionale, in Le Regioni, n. 4-5/2008, pp. 883-896; G. SCACCIA, Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; C. MAINARDIS, Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni, in Le Regioni, n. 2-3/2011, pp. 455-498; M. MANCINI, "Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà": trasfigurazione e distorsione del modello originario, in Ricerche giuridiche, volume 3, n. 1/2014, pp. 27-67. Sia, altresì, qui consentito il rinvio a due, miei, (più recenti) contributi, A. MITROTTI, La chiamata in sussidiarietà come meccanismo di recupero dell'interesse nazionale in materia di politica economica, in AmbienteDiritto.it, 16 aprile 2018 ed A. MITROTTI, Il ritorno dell'interesse nazionale nel Made in Italy: la Consulta promuove la chiamata in sussidiarietà al legislatore statale per la disciplina delle funzioni di valorizzazione del brand italiano ma boccia l'inosservanza della leale collaborazione (nota a sentenza del 27 marzo 2018, n. 61 della Corte costituzionale), in ASTRID Rassegna, n. 6/2018.

¹²⁷ Per gli orientamenti del Giudice Amministrativo si confrontino *ex plurimis*: Cons. St., Sez. Quarta, sent. 16 febbraio 2012, n. 812; Cons. St., Comm. Spec., parere 26 giugno 2013, n. 3014; Cons. St., Sez. Sesta, sentt. 30 novembre 2016, n. 5035; 24 luglio 2017, n. 3665. Nella giurisprudenza costituzionale si vedano, *ex multis*, C. cost., sentt. 22 luglio 2010, n. 278; 4 giugno 2012, n. 139.

Non soltanto, infatti, i D.P.C.M. sul *Coronavirus* (quali "atti amministrativi generali") sono destinati ad essere (di per sé) 'sottoposti' alla 'tendenziale' regola dell'"impugnabilità differita" (in quanto rimandata, cioè, rispetto al momento della congiunta impugnazione dei, connessi, provvedimenti applicativi dell'atto generale' 128) ma - soprattutto - essi sono parallelamente sottratti a quello che solitamente è il classico nonché 'generale regime' di impugnazione e di 'sindacabilità' dei provvedimenti amministrativi (*ex articolo* 7 e ss. del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104): atteso che come per qualsiasi altro tipo di "atto di alta amministrazione" anche il D.P.C.M. sul Covid non potrebbe che essere «*censurabile unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza*» 129.

Lo dimostra il fatto che finora a fronte delle pur numerose impugnazioni dinanzi al Giudice Amministrativo nessun D.P.C.M. sia stato mai annullato. Ma pur a non voler considerare codesto dato come adeguatamente 'probante', lo dimostrano soprattutto le seppur, talora, stringate - 'argomentazioni' esposte nei molteplici decreti con cui il Giudice Amministrativo continua a respingere il profluvio di istanze cautelari di sospensione degli effetti prodotti dai D.P.C.M. e dai, conseguenti, provvedimenti applicativi impugnati ¹³⁰.

Si pensi soltanto a come il T.A.R. Lazio abbia respinto un'istanza cautelare connessa all'impugnazione del D.P.C.M. del 26 aprile 2020 predicando succintamente un'indiscutibile prevalenza della «tutela della salute pubblica, per come prevista nell'impugnato provvedimento, di natura latamente discrezionale»¹³¹. Oppure - per di più - si rifletta su come (ben più esplicitamente) sempre il T.A.R. Lazio abbia - con estrema 'incisività' - deciso che dinanzi all'impugnazione del D.P.C.M. del 10 aprile 2020 non sussistessero le condizioni per accogliere l'istanza cautelare «anche alla luce della natura di atto di alta amministrazione che riveste l'impugnato provvedimento»¹³².

Se ciò non bastasse, queste pur concise ricostruzioni (invero, 'tipiche' della fase cautelare) possono trovare - altresì - ulteriori, significative e pregnanti conferme nelle argomentazioni di una recentissima sentenza del Giudice Amministrativo, depositata proprio lo scorso 22 luglio 2020. Si tratta, segnatamente, di un'emblematica sentenza del T.A.R. Lazio, con cui viene, efficacemente, tentato dal Giudice Amministrativo di 'sintetizzare' gli elementi 'strutturalmente' riconducibili alla ratio existendi degli intervenuti D.P.C.M. sul Covid-19 partendo dalla considerazione che la:« peculiare rilevanza sociale, il rilevante impatto sulla collettività e sui territori - dapprima localizzati, e

¹²⁸ Fatto salvo, ovviamente, il caso in cui i D.P.C.M. dovessero disciplinare 'compiutamente' l'attività e le posizioni dei destinatari, ponendo, vale a dire, prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive degli interessi sostanziali dei destinatari.

¹²⁹ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto. In questo stesso senso si confrontino: Cons. St., Sez. Terza, sentt. 28 maggio 2013, n. 2895, 24 aprile 2015, n. 2054; 13 novembre 2018, n. 6374, 27 febbraio 2019, n. 1390, 14 maggio 2019, n. 3121, 13 agosto 2019, n. 5697; Cons. St., Sez. Quarta, sentt. 14 aprile 2001, n. 340; 6 giugno 2008, n. 2709, 9 novembre 2011, n. 5913, 4 maggio 2012, n. 2581, 26 settembre 2013, n. 4768; 3 luglio 2014, n. 3345, 21 settembre 2015, n. 4375, 8 febbraio 2016, n. 506, 24 agosto 2017, n. 4062, 6 novembre 2017, n. 5113, 12 settembre 2018, n. 5340; Cons. St., Sez. Sesta, 18 gennaio 2006, n. 129; 26 luglio 2010, n. 4862; 27 luglio 2011, n. 4502, 5 maggio 2016, n. 1779. Più di recente si confronti altresì T.A.R. Molise, Sez. I, sent. 16 aprile 2020, n. 107; T.A.R. Lazio, Sez. Terza Ter, sent. 21 luglio 2020, n. 8502.

 ¹³⁰ Ex multis, T.A.R. Lazio, Sez. Prima, decreti 20 aprile 2020, n. 2915, 28 aprile 2020, n. 3322, 29 aprile 2020, n. 3453, 4 maggio 2020, nn. 3548 e 3569, 11 maggio 2020, n. 3750, 12 maggio 2020, n. 3759, 22 giugno 2020, n. 2075, 23 luglio 2020, n. 5002; Cons. St., Sez. Terza, decreti 17 aprile 2020, n. 2028 e 25 luglio 2020, n. 4418.

¹³¹ T.A.R. Lazio, Sez. Prima, decreto 29 aprile 2020, n. 3453.

¹³² T.A.R. Lazio, Sez. Prima, decreto 20 aprile 2020, n. 2915.

AMBIENTEDIRITTO	

quindi sull'intero territorio nazionale - e, soprattutto, la necessità di contemperare la tutela dell'interesse pubblico e del diritto alla salute con altri delicati interessi pubblici e privati in gioco, sulla base di quanto determinato dal legislatore ha determinato la necessità - una volta dichiarato dal Governo lo stato di emergenza igienico-sanitaria con deliberazione del Consiglio dei ministri del 31/01/2020 - di attribuire il peculiare potere di emanazione di tali "atipici" atti di ['regolazione' della] necessità ed urgenza, su proposta del Ministro della salute, al Presidente del Consiglio dei Ministri, al quale l'art. 95, comma 1, Cost. attribuisce il compito, oltre che di dirigere la politica generale del Governo, di mantenere [quel]l'unità di indirizzo politico ed amministrativo»¹³³ corrispondente, ex se, alla funzione "naturale" che oggi nell'ordinamento italiano viene, ordinariamente, rivestita dagli "atti di alta amministrazione".

Ne discende un'immediata, logica (ma soprattutto assai pesante) conseguenza in relazione al sensibile profilo dell'effettiva tutela giurisdizione dei diritti ed interessi legittimi materialmente incisi da atti e provvedimenti della Pubblica Amministrazione adottati per la gestione dell'emergenza del *Coronavirus*. Difatti il cittadino che dinanzi all'esercizio del potere pubblico nella ('vorticosa') gestione dell'emergenza epidemiologica del Covid-19 volesse reagire con un'azione giurisdizionale a garanzia delle proprie posizioni soggettive vedrebbe oggettivamente limitata l'"effettività" delle proprie tutele costituzionalmente garantite: specie in relazione al diritto fondamentale (di cui agli articoli 24 e 113 Cost.) di 'difesa' ('piena e generale') dei propri diritti ed interessi legittimi contro gli atti della Pubblica Amministrazione.

Il che ovviamente va ben al di là del legittimo elemento per cui (salvo il caso di prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive dei suoi interessi sostanziali) il cittadino non potrebbe, in linea generale, impugnare direttamente i D.P.C.M., dovendo (solitamente) differirne l'azione rispetto all'impugnazione dei provvedimenti applicativi dei D.P.C.M. stessi.

Il punto drammatico è che tanto per l'ipotesi di impugnazione 'diretta' delle prescrizioni dei D.P.C.M. immediatamente precettive e direttamente lesive delle posizioni giuridiche dei relativi destinatari, quanto (nondimeno) nel caso di un'"impugnazione differita" (rispetto a quella dei provvedimenti applicativi) - in entrambe le situazioni, si badi - i D.P.C.M. quali atti di "alta amministrazione" verrebbero, comunque, ad essere preclusi dal generale sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo.

Giacché in un caso o nell'altro si tratterebbe, pur sempre, di un atto posto in peculiare «congiunzione tra la fase della programmazione politica e l'attività di gestione amministrativa»¹³⁴ vera e propria dell'emergenza ed in quanto tale lo strumento (inedito) del D.P.C.M. non potrebbe che essere, restrittivamente, sottoposto ad un sindacato «giurisdizionale [che] è limitato ai parametri di abnormità/irragionevolezza/irrazionalità ovvero di diretto e frontale contrasto con la norma di legge»¹³⁵. Sicché, in ogni caso, i D.P.C.M. sul Covid-19 per la loro, intima, natura di "atti amministrativi generali" preordinati all'incontrovertibile, e 'strumentale', funzione di rendere 'immediatamente esecutivo' l'indirizzo politico espresso nei Decreti Legge (atteggiandosi come il primo momento attuativo dell'indirizzo politico stesso) verrebbero, di per sé, a poter essere censurabili «unicamente in casi di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza»¹³⁶.

¹³³ T.A.R. Lazio, Sez. Prima Quater, sent. 22 luglio 2020, n. 8615, par. 4 del Fatto e Diritto.

¹³⁴ Cons. St., Sez. Quinta, sent. 27 luglio 2011, n. 4502, par. 2 del Considerato in diritto.

¹³⁵ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 6 novembre 2017, n. 5113, par. 2.2 del Considerato in diritto.

¹³⁶ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

AMBIENTEDIRITTO	

Tanto che dissipate le fisiologiche, iniziali incertezze sulla natura giuridica degli inediti D.P.C.M. intervenuti nella gestione emergenziale dell'epidemia da Covid-19 rimangono sullo sfondo delle, ineliminabili, criticità sul piano squisitamente costituzionale.

E' sotto gli occhi di tutti la manifesta lesione (e se non proprio la "definitiva compromissione") del generale diritto di "agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi" (ex art. 24 Cost.) sostanzialmente incisi dall'esercizio - discutibilmente legittimo - del potere nella gestione dell'emergenza epidemiologica. E' specialmente evidente l'elusione dell'essenziale principio di pienezza, generalità ed effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti ed i provvedimenti della Pubblica Amministrazione (di cui all'art. 113 Cost.).

Ed il riferimento alla denuncia di «un'elusione» (si badi) dell'articolo 113 della Carta repubblicana non è affatto casuale. Tanto è vero che non si vuole qui mettere, per nulla, in dubbio la legittimità di una categoria tanto conosciuta nel diritto amministrativo come quella degli "atti di alta amministrazione".

Più semplicemente si vuole evidenziare che se il sistema delle fonti sull'emergenza fosse stato rigorosamente rispettato 'a monte' (per il tramite di Decreti Legge che effettivamente disciplinassero, "in prima persona", le misure di emergenza epidemiologica e che in ogni caso fossero adeguatamente determinati nel conferimento dei poteri amministrativi, evitando soprattutto 'deleghe' pressoché in bianco di 'regolazione' dell'emergenza a degli, inediti, "atti amministrativi generali") non ci si sarebbe, senz'altro, trovati dinanzi a ('discutibili') strumenti che sostanzialmente eludessero gli articoli 24 e 113 della Carta costituzionale.

Sicché nell'ambito dell'inesauribile 'dialettica' tra "Autorità e Libertà", tra "Governanti e Governati", tra il "potere pubblico" (esercitato nelle fasi di convulsa gestione emergenziale) ed i "soggetti privati" (destinatari dei provvedimenti posti in essere dalle "Autorità competenti") viene francamente davvero difficile, ad oggi, riuscire a rinvenire degli effettivi strumenti di tutela giurisdizionale per le posizioni giuridiche soggettive 'illegalmente' (si ricordi, qui, l'evidenziata carenza del principio di normativa»¹³⁷) sostanziale dei Decreti Legge «sulla produzione 'illegittimamente' (si pensi alle "torsioni costituzionali" nell'utilizzo del Decreto Legge ed alle 'connesse', palesi, violazioni di legge costituzionale - di cui all'articolo 77 Cost. dei provvedimenti amministrativi a valle) incise dall'esercizio del potere pubblico dispiegatosi nella ('vorticosa') gestione dell'emergenza epidemiologica del Coronavirus.

Ecco una delle ragioni per cui nella gestione di un'emergenza per la Repubblica italiana non si potrebbe mai, nemmeno parzialmente, esulare dal puntuale rispetto degli istituti *ad hoc* fissati in Costituzione per affrontare l'emergenze.

Tant'è che "distorto" il ricorso all'utilizzo del Decreto Legge, violato il principio della legalità sostanziale dell'azione amministrativa e materialmente bypassata la stessa disciplina organica del pur nuovo "Codice di protezione civile" (D. Lgs. 1/2018) il serio rischio è stato (ed è) che per 'salvare' la Repubblica dai pericoli incombenti sul fondamentale diritto alla salute (ex art. 32 Cost.) e sulle ricollegabili minacce per i

¹³⁷ U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, fascicolo speciale, 2020, p. 303.

AMBIENTEDIRITTO	

principi¹³⁸ dell'incolumità e della sicurezza pubblica si pervenisse, paradossalmente, a ciò che si sarebbe voluto proprio evitare: ossia ad una *Mors Rei Publicae*.

Il che sebbene sotto il, distinto, profilo di uno 'svuotamento' del principio di legalità¹³⁹ nonché di quei limiti, di quelle forme e delle, stesse, modalità di esercizio del potere sovrano¹⁴⁰ su cui solennemente la Repubblica italiana si fonda.

Chiaro come eluso tutto ciò venga di per sé meno qualsiasi diritto costituzionalmente riconosciuto: incluso il fondamentale (irrinunciabile) diritto di poter agire in giudizio (*ex art.* 24 Cost.) per la tutela giurisdizionale dei propri diritti ed interessi legittimi contro ogni atto della Pubblica Amministrazione (*ex art.* 113 Cost.); una tutela giurisdizionale che - come a tutti noto - stando alla chiara lettera della Costituzione non può affatto essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti: nemmeno - a parere dello scrivente - in un periodo d'emergenza.

A meno che non si vogliano scientemente accettare i rischi di una trasformazione dello "stato di emergenza" in un vero e proprio, puro, "stato di eccezione".

5. Una diagnosi sullo stato di salute della Repubblica italiana dopo il Covid-19.

Non sarà, senz'altro, sfuggito come con il presente contributo si sia volutamente fatto l'utilizzo 'polivalente' del concetto di "salute".

La tragica esperienza del Covid-19 ha, senza dubbi, messo in risalto il significato della disposizione sottesa all'articolo 32 della Costituzione.

«La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»¹⁴¹.

COVID-19, in Biolaw Journal, n. 1/2020.

¹³⁸ Sia consentito il riferimento, ex plurimis, al mio A. MITROTTI, La disciplina degli interventi edilizi in zone sismiche ed il valore dell'incolumità pubblica nei principi fondamentali delle materie di «governo del territorio» e di «protezione civile», in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2020, pp. 210-226.

¹³⁹ Appare prezioso rinviare sul punto a G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 140 ss. ¹⁴⁰ Appare significativo rinviare a quanto in generale ricostruito in O. CHESSA, *Sovranità*, *potere costituente*, *stato d'eccezione*. *Tre sfide per la teoria della norma di riconoscimento*, in *Diritto Pubblico*, 3/2012, pp. 755-800. In relazione alla specifica emergenza epidemiologica da Covid-19 si rimanda a G. COMAZZETTO, *Lo Stato di eccezione nell'ordinamento italiano*. *Riflessioni a partire dalle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica da*

¹⁴¹ Sulla tutela della salute esiste una copiosa, se non sterminata, letteratura scientifica, di cui non è, qui, possibile dare conto con pretese di esaustività. Ciò posto sia considerato sufficiente il rinvio, ex multis, a V. CASTELLANO, Prospettive e contraddizioni di una politica per la tutela della salute pubblica, in Rivista italiana di economia demografica e statistica, n. 2/1982, pp. 13-30; P. ANTONINI, La tutela della salute come bene primario della persona, in Tutela, n. 3-4/1992, pp. 15-16; S. STERPI, La sostenibilità dello "stato del benessere": il problema della tutela della salute fra integrazione e decentramento, in Rivista internazionale di scienze sociali, n. 3/1995, pp. 677-695; I. TERESI, La tutela della salute nelle decisioni della Corte costituzionale, in Rassegna di diritto civile, n. 1/1998, pp. 114-150; W. GASPARRI, Somministrazione di farmaci e diritto alla tutela della salute, in Le Regioni, n. 6/1998, pp. 1544-1568; V. CARELLA, La tutela della salute e della prevenzione, in Sanità pubblica, n. 11-12/1999, pp. 1365-1383; L. P. TRONCONI, Sperimentazione clinica sull'uomo e tutela della salute. Profili di diritto pubblico, in Il Politico, n. 3/2001, pp. 495-524; R. BALDUZZI, Titolo V e tutela della salute, in Quaderni regionali, n. 1/2002, pp. 65-85; S. ANTONIAZZI, Riforma del Titolo V della Costituzione e 'tutela della salute' le prospettive offerte dalle nuove competenze regionali per la materia sanitaria, in Il diritto dell'economia, n. 1/2003, pp. 67-99; M. BELLETTI, Il difficile rapporto tra 'tutela della salute' e 'assistenza e organizzazione sanitaria'. Percorsi di una 'prevalenza' che diviene 'cedevole', in Le Regioni, n. 6/2002, pp. 1176-1190; E. PASARESI, La determinazione dei livelli

AMBIENTEDIRITTC

Dal che e dalla pericolosissima minaccia mortale del Covid-19 (al momento si contano, purtroppo, più di 35000 vittime) è discesa una (vorticosa) disciplina statale dell'emergenza, tesa a tutelare il fondamentale diritto alla salute ed il connesso, essenziale, valore dell'incolumità e della sicurezza pubblica per il Paese.

Tutti 'beni costituzionali' senza cui in effetti la salute della Repubblica, appunto, e *mutatis mutandis* la *Salus Rei Publicae* rischierebbero di essere pericolosamente compromesse: se soltanto si immaginassero tutti gli effetti del *Coronavirus* nella sfera pubblica, compresi quelli 'collaterali' rispetto ad una cattiva gestione istituzionale dell'emergenza, sostanzialmente inverabili nella potenziale scomparsa, o messa in pericolo, della *«ordinata e civile convivenza della comunità nazionale»* ¹⁴².

Sicché in una situazione come quella vissuta il concetto di "salute" non potrebbe essere riduttivamente limitato alla fisicità di uno o più individui ma - come lo stesso articolo 32 della Costituzione chiaramente recita - necessita di essere esponenzialmente rapportato all'"interesse della collettività" ed a maggior ragione all'interesse collettivo per eccellenza ovverosia "all'interesse pubblico, repubblicano, superiore": qual è la cura e preservazione, stessa, della "forma" repubblicana (*ex art.* 1 Cost.), della sua strutturale 'unitarietà' (*ex articolo* 5 e 87 Cost.) e - non di meno - dei "principi" costituzionalmente racchiusi nella, stessa, formula di «*Repubblica democratica*»¹⁴³.

In tal senso parlare di "salute della Repubblica" vuol dire 'trascendere' la dimensione propria dell'articolo 32 della Carta costituzionale. Il che si impone al fine di verificare, cioè, se per salvare la Repubblica da una mortale minaccia virologica per la salute dei suoi cittadini non siano collateralmente venuti meno (sotto il profilo giuridico del diritto costituzionale ed amministrativo) quei valori essenziali su cui, in ogni caso, la "Repubblica democratica" italiana è basata.

La qual cosa andrebbe letta ed interpretata, specialmente, in assenza di una puntuale e "diffusa" disciplina costituzionale sull'emergenza, a cui la Carta repubblicana riserva

essenziali delle prestazioni e la materia tutela della salute: la proiezione indivisibile di un concetto unitario nell'era del decentramento istituzionale, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 2/2006, pp. 1733-1764; S. OGGIANU, I principi sulla tutela della salute ed il riparto di giurisdizione, in Diritto e processo amministrativo, n. 1/2009, pp. 161-199; C. TRENTINI, Il diritto alla salute tra dignità della persona e tutela costituzionale, in Questione giustizia, n. 1/2010, pp. 74-80; C. BOTTARI, Tutela della salute ed organizzazione sanitaria, Torino, Giappichelli, 2011; M. PICCININI, Tutela della salute versus libertà di cura? Il caso Stamina nella lente deformante dell'urgenza, in Politica del Diritto, n. 4/2014, pp. 607-638; M. CONTICELLI, La tutela della salute, in Giornale di Diritto Amministrativo, n. 2/2015, pp. 183-190; V. MOLASCHI, La tutela della salute nelle periferie: problemi e prospettive di intervento, in Nuove Autonomie, n. 3/2016, pp. 455-483; P. MILAZZO - E. CATELANI, La tutela della salute nella nuova legge sulla responsabilità medica. Profili di diritto costituzionale e pubblico, in Le Istituzioni del Federalismo, n. 2/2017, pp. 305-342; D. MORANA, La salute come diritto costituzionale. Lezioni, Torino, Giappichelli, 2018; D. MORANA, Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute, in Biolaw Journal, n. 2/2019, pp. 393-404; G. CORDINI, Crisi dello Stato sociale e tutela della salute: ultima sfida per l'Unione Europea?, in Diritto Pubblico comparato ed europeo, n. 2/2020, pp. 479-488; D. MORANA, Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia, in Consulta Online, 30 aprile 2020; E. DE MARCO, Situazioni di emergenza sanitaria e sospensioni dei diritti costituzionali. Considerazioni in tema di legittimità al tempo della pandemia da Coronavirus, in Consulta Online, 6 luglio 2020.

¹⁴² Ex plurimis, C. cost., sentt. 25 luglio 2001, n. 290; 24 giugno 2010, n. 226; 9 febbraio 2011, n. 35; 5 giugno 2013, n. 118; 11 maggio 2017, n. 108; 16 novembre 2018, n. 208.

¹⁴³ C. cost., sent. 24 maggio 1977, n. 86, par. 5 del Considerato in diritto. In questo senso vi è, per altro, una consolidata giurisprudenza costituzionale, sviluppatasi negli anni fino a pervenire interamente ai nostri giorni, si confrontino in tal senso: C. cost., sentt. 1 febbraio 1982, n. 15; 10 aprile 1998, n. 110; 16 dicembre 1998, n. 410; 10 novembre 2000, n. 487; 3 aprile 2009, n. 106; 23 febbraio 2012, n. 40; 13 febbraio 2014, n. 24.

AMBIENTEDIRITTO

tre istituti *ad hoc*: lo strumento del Decreto Legge, *ex articolo* 77 Cost., la deliberazione dello stato di guerra - di cui all'articolo 78 della Carta - e, in fine, la "clausola" dei 'poteri sostitutivi' del Governo statale, *ex articolo* 120, comma 2, della Costituzione.

Il punto è che fatta l'ovvia esclusione dell'istituto contemplato dall'art. 78 della Carta costituzionale (per cui non sono affatto ricorsi i relativi presupposti) il Governo statale in carica durante la gestione dell'emergenza epidemiologica si è contraddistinto per la coraggiosa 'scelta' (politica) di non ricorrere al 'meccanismo' emergenziale sotteso all'articolo 120 della Costituzione, con la preferenza per una gestione dell'emergenza imperniata anziché su provvedimenti provvisori con forza di legge, *ex articolo* 77 Cost., su 'inedite misure' di "regolazione" amministrativa, adottate con D.P.C.M., riconducibili - ad un'attenta e ponderata analisi - alla natura di "atti amministrativi generali", disposti in oggettiva funzione di "atti di alta amministrazione".

In altri termini, con un'energica 'torsione innaturale' (ed 'incostituzionale') del ricorso all'istituto di cui all'articolo 77, i Decreti Legge adottati dal Governo nel periodo del *Coronavirus* hanno oggettivamente perso «*la parte più importante della* [loro] *natura che è quella dell'immediatezza degli effetti che* [si] *intende ottenere*»¹⁴⁴ con essi. Tanto che verrebbe assai difficile sostenere, onestamente, che i Decreti con valore di Legge ordinaria del Governo abbiano effettivamente rivestito nel periodo del Covid-19 le proprie, costituzionali, funzioni di «fonti di produzione contenenti misure per affrontare l'emergenza»¹⁴⁵.

Al più è possibile sostenere che i Decreti Legge intervenuti nel periodo di Coronavirus si siano forzatamente contraddistinti per atteggiarsi come delle «vere e proprie fonti sulla produzione di altri atti giuridici» quali cioè i, più volte citati, D.P.C.M. sul Covid-19. Sino al punto che autorevole parte della dottrina non ha mancato di puntualizzare come: di fatto, la riserva di legge assoluta che, a determinate condizioni, legittima la limitazione dei diritti fondamentali, a partire dalla libertà di circolazione, si [è] trasforma[ta] in una riserva di atto amministrativo (dpcm), con un evidente vulnus al principio di legalità sostanziale» 147.

Sennonché accanto alle tipiche diagnosi mediche sullo stato di salute fisica degli individui della Repubblica, al giurista non può (e non deve) sfuggire, specie in un simile contesto, la 'preoccupazione' di una parallela diagnosi (costituzional-amministrativa) della Salus Rei Publicae italiana.

In estrema sintesi sono almeno tre le gravi 'patologie' accusate dalla Repubblica nel periodo del Covid-19.

In primis è avanzata una preoccupante violazione del "principio di legalità costituzionale" del potere politico esercitato dal Governo per la gestione dell'emergenza epidemiologica. Non ci si dimentichi che il potere politico è, sì, libero nel fine, ma nella misura in cui «la Costituzione non si presenta come il fine primario da realizzare, ma come il limite, cioè come lo schema normativo entro cui è necessario procedere per poter concretare

¹⁴⁴ L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13.

¹⁴⁵ G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, p. 356.

¹⁴⁶ G. MOBILIO, La decretazione d'urgenza alla prova delle vere emergenze. L'epidemia da Covid-19 e i rapporti tra decreto-legge e altre fonti, in Osservatorio sulle fonti, fascicolo speciale 2020, pp. 356-357.

¹⁴⁷ A. Lucarelli, Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria, in Rivista AIC, n. 2/2020, p. 572.

AMBIENTEDIRITTO	

legittimamente, sul terreno giuridico, le particolari e contingenti finalità connesse alle scelte dei gruppi politici dominanti» ¹⁴⁸. Ed è incontrovertibile che gli "schemi" della Costituzione siano (sorprendentemente) saltati nella gestione politica del Governo sull'emergenza prodotta dal *Coronavirus*. A partire dal completo 'accantonamento' del 'meccanismo' contemplato dal secondo comma dell'articolo 120 della Carta, fino all'appiattimento e se non proprio all'assoluto svilimento della *ratio* sottesa all'istituto disciplinato dall'articolo 77 della Costituzione.

Il Decreto Legge, infatti, da "fonte primaria" costituzionalmente 'preordinata' a disciplinare, concretamente, le misure per affrontare e superare i "casi straordinari di necessità ed urgenza" («per operare al posto di una legge formale del Parlamento, perché i tempi dettati da "casi straordinari di necessità ed urgenza" non si accordano con i tempi delle Camere, alle quali, collettivamente, spetta l'esercizio della funzione legislativa ex art. 70 Cost.»¹⁴⁹) è stato "trasformato" (sotto, si badi, la 'responsabilità politica' del Governo) in una fonte "sulla produzione" di altri atti giuridici, cui è stato 'attribuito' il potere di vera ed effettiva 'regolazione', concreta, dell'emergenza.

Il che si è realizzato con un trasferimento opacamente determinato (*sub specie* - cioè - di una vera e propria "delega in bianco") di "ogni potere" di gestione e di 'regolazione' dell'emergenza in favore dei Decreti del Presidente del Consiglio dei ministri.

Al Presidente del Consiglio dei ministri è stato - segnatamente - conferito dai Decreti Legge il potere di adottare con un'amplissima discrezionalità "atti amministrativi generali" (ogni qual volta se ne fosse ravvisata l"opportunità") nella forma dei D.P.C.M.: materialmente 'capaci' d'incidere 'pervasivamente' su tutta l'effettiva portata di quanto costituzionalmente garantito, con solennità, nella Parte I della Carta repubblicana del '48. Senza ovviamente trascurare tutti i potenziali effetti prodotti sulla stessa Parte II della Carta repubblicana: che con il vigoroso ricorso al profluvio di D.P.C.M. ha assistito tanto ad una elusione del fondamentale ruolo costituzionale delle Camere, quanto ad una 'fuga' delle concrete misure di 'regolazione' dell'emergenza dal sindacato di costituzionalità dinanzi alla Consulta (salvo - è chiaro - lo strumento di "extrema ratio" del conflitto di attribuzione¹⁵⁰).

Fino a pervenire alla non affatto secondaria circostanza che, ai sensi dell'articolo 87 della Costituzione, i D.P.C.M. "sfuggono", pure, all'emanazione' e quindi al 'controllo' del Presidente della Repubblica¹⁵¹.

Ma alla gravissima violazione del "principio di legalità costituzionale" nell'esercizio del 'potere politico' del Governo si è cronicamente affiancata un'ulteriore patologia per la Salus Rei Publicae.

Si tratta della manifesta violazione del "principio di legalità sostanziale" dell'azione amministrativa, che ha oggettivamente prodotto l'effetto di privare le posizioni soggettive incise dal potere pubblico dell'emergenza di ogni garanzia contro i possibili 'arbitri' della Pubblica Amministrazione. In tal senso, la gestione dell'emergenza

¹⁴⁸ E. CHELI, Atto politico e funzione di indirizzo politico, Milano, Giuffrè, 1961, p. 108.

¹⁴⁹ L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13.

¹⁵⁰ Ex multis, R. Bin, L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione, Milano, Giuffrè, 1996; R. Bin, Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere, Bologna, il Mulino, 2004.

¹⁵¹ Si legga in tal senso l'autorevole ricostruzione di G. AZZARITI, *Il diritto costituzionale d'eccezione*, (Editoriale - 31 marzo 2020) in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2020, p. III ss.

AMBIENTEDIRITTO

epidemiologica del Covid-19 ha finito per incidere non soltanto sugli 'orizzontali' rapporti istituzionali sottesi alla forma di governo parlamentare italiana¹⁵² ma - in più - ne ha 'bruscamente' interrotto il 'circolare' "circuito democratico" ¹⁵³, secondo cui non può 'mai' venire meno la regola di «origine romanistica e poi canonica "quod omnes tangit ab omnibus comprobetur» ¹⁵⁴.

Al netto di tutto ciò, la cosa più grave è che dinanzi alla (irragionevole) deroga dell'ordinario esercizio delle competenze nei rapporti tra Governo e Parlamento, alla brusca interruzione del meccanismo del "circuito democratico" ed alla, assai sensibile, 'sospensione' rispetto alla quotidiana garanzia dei diritti assicurati costituzionalmente, al cittadino è stato pure sostanzialmente precluso il diritto fondamentale di (re)agire in giudizio per la tutela dei diritti ed interessi legittimi incisi dall'esercizio (illegale ed illegittimo) del potere pubblico posto in essere con l'adozione dei D.P.C.M. sul Covid-

Tali D.P.C.M., infatti, in quanto "atti amministrativi generali" adottati dal Presidente del Consiglio in attuazione della propria funzione costituzionale di mantenimento dell'unità dell'indirizzo politico ed amministrativo (*ex art.* 95 Cost.) si sono atteggiati come quel peculiare anello di congiunzione e raccordo tra l'indirizzo politico estrinsecatosi nei Decreti Legge¹⁵⁵, da un lato, e, dall'altro lato, le discendenti funzioni di 'amministrazione attiva' esercitate dalle "Autorità competenti" per la gestione quotidiana dell'emergenza. Sicché, considerata la sua natura di "atto di alta amministrazione", un D.P.C.M. sul Covid-19 non sarà mai, verosimilmente, annullato, se non *«unicamente in casi* [rari] *di macroscopica e conclamata erroneità o irragionevolezza»*¹⁵⁶.

Sennonché dinanzi all'illegale ed illegittimo esercizio del potere nella gestione del *Coronavirus* al cittadino non è restato altro che abbandonare le speranze (nel diritto pubblico) ed auspicare, molto più semplicemente, nel 'fatto' che la "necessità" posta a giustificazione delle misure temporanee non prendesse, definitivamente, il 'sopravvento' sulle fonti dell'ordinamento costituzionale¹⁵⁷.

Si veda, ex plurimis, sul punto F. SORRENTINO, Riflessioni minime sull'emergenza coronavirus, Costituzionalismo.it, n. 1/2020, p. 139.

¹⁵³ Si legga in tal senso D. DE LUNGO, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020, p. 4 ss.

¹⁵⁴ S. CASSESE, *Dal principio di legalità al rispetto del diritto*, in S. CASSESE (*a cura di*), *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 10.

Dei Decreti Legge, in verità, piuttosto 'leggeri': sia sul piano della determinatezza dei poteri amministrativi conferiti, che soprattutto sotto il profilo evidente di una incostituzionale delega 'in bianco' dei poteri di regolazione emergenziale in favore dei D.P.C.M. Sul punto appare emblematico il rinvio a L. A. MAZZAROLLI, "Riserva di legge" e "principio di legalità" in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020; S. CASSESE, "Conte avrebbe dovuto rifiutarsi di firmare decreti così contradditori", in Il Dubbio, 14 aprile 2020.

¹⁵⁶ Cons. St., Sez. Quarta, sent. 24 agosto 2017, n. 4062, par. 16 del Fatto e Diritto.

D'altra parte, sui caratteri dell'eccezionalità e della temporaneità alla base delle, pur, necessarie misure emergenziali esiste una giurisprudenza costituzionale sconfinata, sicché senza nessuna pretesa di completezza si segnalano, *ex multis*, le seguenti decisioni: C. cost., sent. 2 luglio 1956, n. 8; 27 maggio 1961, n. 26; 4 gennaio 1977, n. 4; 1 febbraio 1982, n. 15; 30 dicembre 1987, n. 617; 14 aprile 1995, n. 127; 24 ottobre 1996, n. 360; 9 novembre 2000, n. 482; 26 giugno 2007, n. 237; 5 marzo 2010, n. 83; 7 aprile 2011, n. 115; 21 gennaio 2016, n. 8; 11 luglio 2018, n. 150; 3 luglio 2019, n. 159; 24 luglio 2019, n. 195. Appaiono assai significative, sul punto, le risalenti ricostruzioni in V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; G. P. DOLSO,

AMBIENTEDIRITTO	

Con il rischio di una 'trasformazione' - cioè - dell'iniziale (e pur fisiologico) "stato d'emergenza" in un vero e proprio (pericoloso) "stato d'eccezione". Tant'è vero che un'attenta parte della dottrina è addirittura coraggiosamente pervenuta al punto di sostenere che per il cittadino al tempo del Covid «l'unico rimedio ipotizzabile - non senza comprensibili difficoltà - viene in soccorso dagli albori del costituzionalismo: il diritto di resistenza, o la disobbedienza in accordo ad altra terminologia che possiamo qui assumere come sinonimo, inteso quale mezzo di conservazione e di ripristino dell'ordine violato» 158.

Si tratta di una tesi, senza dubbi, raffinata per quanto pericolosamente scivolosa: non fosse altro che il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi si presta - come è noto - a letture, da sempre, piuttosto ambivalenti¹⁵⁹.

Quel che può dirsi senz'altro certo è che «se l'art. 1, secondo comma, della nostra Costituzione dice che la sovranità popolare è anch'essa limitata dalla Costituzione, ciò vale, evidentemente, in quanto tutti i pubblici poteri si mantengano [sempre] a loro volta entro i limiti della Costituzione stessa»¹⁶⁰.

Seppur sottoposto ad ogni possibile ed immaginabile forma di "irresistibile" pressione (di qualsiasi genere - si badi - essa sia, di natura politica, emotiva, finanziaria ecc.) l'esercizio del potere non può (e non deve) mai superare i limiti consacrati e fissati in Costituzione.

Il che vale a maggior ragione in una, 'imprevedibile', situazione particolare come quella vissuta per il Covid-19.

«Ciò che la nostra Costituzione, a differenza di altre, volutamente non contempla è uno "stato di eccezione" o di emergenza generalizzato, indeterminato, affidato esclusivamente all'arbitrio del Governo: e ciò non può essere [neppure] legittimato dal ricorso a valutazioni tecniche offerte direttamente da comitati scientifici perché la Carta repubblicana in nessun caso ammette la pretermissione del Parlamento o "deleghe in bianco" all'autorità amministrativa, soprattutto in ambiti [sensibilmente] incidenti sulla garanzia delle libertà fondamentali» 161.

D'altra parte, come autorevolmente puntualizzato da Gaetano Silvestri, persino «in vista della situazione eccezionale per antonomasia, la guerra, l'art. 78 Cost. non mette da parte la

Emergenza, diritto alla salute e interesse nazionale, in Le Regioni, n. 6/1999, pp. 1158-1165. Più di recente si confrontino, altresì, ex multis G. RAZZANO, L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Bari, Cacucci Editore, 2010; A. CARDONE, La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, Giappichelli, 2011; T. FENUCCI, Necessità, emergenza e diritti fondamentali, in Rassegna Parlamentare, n. 3/2014, pp. 535-594; L. BUSCEMA, Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà di un ordinamento democratico, in Democrazia e sicurezza, n. 1/2017, pp. 39-108.

¹⁵⁸ D. DE LUNGO, Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva, in Nomos. Le attualità del diritto, n. 2/2020, p. 18.

159 Ex multis, E. Tosato, Sovranità del popolo e sovranità dello Stato, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 1/1957, pp. 3-49; V. Crisafulli, La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari), in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando, volume I, Padova, Cedam, 1957, pp. 409-463; G. Amato, La sovranità popolare nell'ordinamento italiano, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. 1/1962, pp. 74-103; A. Cerri, Resistenza (diritto di), in Enciclopedia Giuridica, Volume XXVI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991; T. E. Frosini, Sovranità popolare e costituzionalismo, Milano, Giuffrè, 1997; D. Quaglioni, La sovranità, Roma-Bari, Editori Laterza, 2004; M. Fioravanti, Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno, Bologna, il Mulino, 2004; S. Labriola (a cura di), Valori e principi del regime repubblicano. 1. I Sovranità e democrazia, Roma-Bari, Editori Laterza, 2006.

¹⁶⁰ V. CRISAFULLI, La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari), in Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando, volume I, Padova, Cedam, 1957, pp. 456-457.

¹⁶¹ F. DE VANNA, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-*19, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020, p. 18.

AMBIENTEDIRITTO	

democrazia parlamentare, giacché lo stato di guerra può essere dichiarato solo dal Parlamento e prevede che quest'ultimo possa delegare al Governo i "poteri necessari", non i pieni poteri ...»¹⁶².

Tutto ciò posto, il bilancio 'diagnostico' che ne emerge è alquanto preoccupante. Atteso che per 'salvare' la Repubblica italiana dalle minacce incombenti sul, pur fondamentale, diritto alla salute (ex articolo 32 Cost., da leggersi, oltretutto, in combinato disposto con gli articoli 2 e 3 della Carta) e, nondimeno, per difendere la Salus Rei Publicae dai pericoli che dall'emergenza sanitaria sarebbero sorti sui, 'ricollegabili', principi dell'incolumità e della sicurezza pubblica si è accettato - quasi 'incondizionatamente' - il ricorrere di una simultanea 'sospensione' governativa (temporaneamente più o meno definita) sia di 'interi blocchi' della Parte I della Costituzione che (non sembra, affatto, esagerato definire) di 'buona sostanza' della stessa Parte II della nostra Carta repubblicana.

E' stata ed è sotto gli occhi di tutti la violazione del "principio di legalità costituzionale" da parte dell'azione politica del Governo, l'oggettiva lesione del "principio di legalità sostanziale" dell'azione amministrativa e la discendente illegittima "compressione" dei diritti costituzionalmente garantiti, fra i quali, particolarmente, il fondamentale diritto di piena tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche, illegittimamente, incise dall'esercizio del potere pubblico. Perché se appare comunque 'ragionevole' che nel bilanciamento con il diritto alla salute possano essere stati (ancorché 'illegalmente' ed 'illegittimamente') temporaneamente limitati altri diritti costituzionalmente tutelati non ci sarebbe alcuna vera e plausibile ragione per escludere l'effettiva tutela giurisdizionale (piena e generale) delle posizioni giuridiche soggettive ossia dei diritti ed interessi legittimi - oggetto d'incisione da parte degli atti della "Amministrazione dell'emergenza".

Eppure la distorsione governativa del sistema delle fonti dell'ordinamento ha fatto sì che (in sostanza) il privato non avesse (né abbia) alcun effettivo strumento giurisdizionale per sindacare la legittimità delle misure adottate con i D.P.C.M. sul Covid-19.

Se, come spesso accade, le cure mediche (che pur hanno effetti collaterali) non vanno per il sottile, puntando cioè dritte alla cura ed al pieno risanamento dalla patologia, da giuristi appare difficile negare che la gestione (terapeutica) del Governo statale abbia 'fatalmente' rischiato (sotto il profilo del diritto pubblico) di 'acuire' la stessa patologia per cui era stata sommariamente individuata la terapia. Con il fallimento plateale, rimanendo in metafora, delle 'cure' del Governo per l'emergenza epidemiologica: fallimento evidente se si riflettesse sul serio aggravamento giuridico dei 'vivi' pericoli - 'teorici' ma anche tangibilmente pratici - per la "Salus Rei Publicae".

Il che sul piano squisitamente eziologico (della causalità, per intendersi) si è verificato non tanto (si tiene qui a puntualizzare) per la morbosità della patologia o per il difetto di impegno (o di competenze) del Governo, quanto per il banale «fatto che nel diritto [a differenza che in campo medico] "la forma è sostanza", ma non certo perché la forma sia fine a sé stessa, ma in quanto la forma sia funzionale alla garanzia della sostanza. Questa forma impone che nell'attività limitativa dei diritti sia sostanzialmente e non meramente formalmente coinvolto il Parlamento, come testimoniato dalle numerose riserve o rinvii alla legge contenuti nel catalogo dei diritti fondamentali» 163.

¹⁶² G. SILVESTRI, Covid-19 e Costituzione, in www.unicost.eu, 4 aprile 2020.

¹⁶³ M. Belletti, La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, p. 188.

AMBIENTEDIRITTO

Da qui l'abnormità costituzionale nel ricorso ai D.P.C.M., utilizzati in maniera, di fatto, 'sostitutiva' rispetto alla *ratio* (infungibile) dei Decreti Legge, *ex art*. 77 Cost.

Un'abnormità da cui a cascata è - poi - disceso un 'profluvio' di disallineamenti ordinamentali in relazione al 'tipico' esercizio inerente alle 'forme ed ai limiti' del, repubblicano, potere sovrano (*ex articolo* 1 Cost., da leggersi, sempre, combinatamente con l'articolo 139 della Carta). Il che ha prodotto delle evidenti ed assai sensibili ripercussioni: di duplice forza incidente sull'ordinamento repubblicano.

Ex parte principis è evidente che vi sia stata una potenziale genesi di effetti d'impetuosa natura 'deformante' sulla stessa 'forma di governo parlamentare' italiana, unitamente al palese, e piuttosto palpabile, indebolimento dei tipici caratteri sottesi alla nostra forma di Stato Costituzional-democratica.

Ex parte civis non può non prendersi atto del peculiare fenomeno (conseguenza di una, 'incostituzionale', tensione inverata nella classica relazione esistente tra "Autorità" e "Libertà", oltre che sul 'dialogo' 164 tra esercizio del potere e posizioni soggettive dei cittadini) corrispondente alla drammatica 'origine' di (nuove) 'forme di poteri' rischiosamente posti ben al di là dei limiti (repubblicani) costituiti. Poteri che materialmente - giustificando il proprio esercizio dietro la nota teoria del bilanciamento (che nulla in verità avrebbe mai a che fare con un 'potere costituente') nonché arroccandosi in uno "stato d'emergenza" di fatto evolutosi in "stato d'eccezione" - sono venuti ad esercitare dei 'pervasivi effetti restrittivi' sulla sfera delle libertà e dei diritti pur costituzionalmente tutelati.

In particolare, pure al netto dell'emergenza epidemiologica da Covid, fra i diritti costituzionalmente tutelati non sarebbe mai stata ragionevolmente tollerabile (nella nostra forma Repubblicana) una 'compressione' della tutela giurisdizionale 'effettiva', piena e generale delle posizioni soggettive, ossia dei diritti ed interessi legittimi, dei cittadini¹⁶⁵ destinatari degli atti e dei provvedimenti 'ablatori' della Pubblica Amministrazione, compresa la tutela giurisdizionale avverso i D.P.C.M. di ('reale') 'regolazione' dell'emergenza prodotta dal *Coronavirus*.

Eppure, se quanto fino a qui ricostruito continuerà ad essere confermato - oltre che dalla prassi dell'azione politica di Governo - (anche) nella consolidata giurisprudenza amministrativa maturata in relazione al regime d'impugnazione e di sindacabilità dei D.P.C.M., al cittadino 'spogliato' e sguarnito di un'effettiva' tutela giurisdizionale non resterebbe altro che continuare ad auspicare che il "fatto emergenziale" non prenda il sopravvento (su ogni cosa, specie) sul diritto, che lo "stato di emergenza" non si "trasformi" in una incontrollabile forma di "stato d'eccezione" o ancora più

¹⁶⁴ Ex multis, U. Allegretti, Pubblica amministrazione e ordinamento democratico, in Il Foro Italiano, n. 7-8/1984, pp. 205-220; A. M. Sandulli, Manuale di Diritto Amministrativo, Napoli, Jovene, 1989, p. 107 ss.; F. G. Scoca, Contributo sulla figura dell'interesse legittimo, Milano, Giuffrè, 1990, p. 44 ss.; F. Benvenuti, Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva, Venezia, Marsilio, 1994; O. Abbamonte - G. Abbamonte, Sorvegliare il potere? Dialogo di inizio millennio tra cittadino e amministrazione, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001; M. Luciani, Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico, in Giurisprudenza Costituzionale, n. 2/2006, pp. 1643-1668; F. G. Scoca, L'interesse legittimo quale situazione correlata alla potestà, in F. G. Scoca (a cura di), Giustizia Amministrativa, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 76-78; N. Pignatelli, La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità, Pisa, Pisa University Press, 2013; S. Tarullo, Manuale di Diritto Amministrativo, Bologna, Zanichelli, 2017, p. 211 ss.

¹⁶⁵ Ex multis, si legga A. RUGGERI, Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta, in Diritti regionali, 21 marzo 2020, n. 1/2020, p. 370 ss.

¹⁶⁶ Ex multis, G. AZZARITI, Editoriale. Il diritto costituzionale di eccezione, in Costituzionalismo.it, n. 1/2020.

AMBIENTEDIRITTO	

semplicemente che il *Virus* scompaia il prima possibile¹⁶⁷. Prima che ogni cosa precipiti, compresa la tenuta della nostra, amata, Repubblica italiana.

Una Repubblica messa a durissima prova nonché sotto evidente *stress*¹⁶⁸ e non solo dall'imprevedibile Covid (come ci si poteva astrattamente aspettare), bensì pure da un'assolutamente 'inimmaginabile' gestione statale dell'emergenza stessa del Covid.

In ogni caso, e pure al netto delle aspre punte interpretative per l'inedita adozione dei D.P.C.M. sul Covid-19 (e per i connessi pericoli per la *Salus Rei Publicae*), appare evidente che se anche, per ipotesi, fossimo stati posti prima che il *Corona*virus scoppiasse dinanzi ad un esercizio accademico, per così dire, "di scuola", ci si sarebbe, senz'altro, immaginati qualcosa di ben diverso dalla gestione emergenziale cui si è assistito¹⁶⁹. Se non altro perché, con tutta onestà, si sfiderebbe chiunque a possedere il coraggio di affermare che avrebbe mai sensatamente concepito che il "principale" strumento della regolazione dell'emergenza repubblicana sarebbe stato, proprio, il D.P.C.M.

¹⁶⁷ V. Angiolini, Necessità ed emergenza nel diritto pubblico, Padova, Cedam, 1986; F. Modugno - D. Nocilla, Problemi vecchi e nuovi sugli stati di emergenza nell'ordinamento italiano, in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, Giuffrè, 1988, Volume 3, pp. 513-553; G. P. Dolso, Emergenza, diritto alla salute e interesse nazionale, in Le Regioni, n. 6/1999, pp. 1158-1165; G. Razzano, L'amministrazione dell'emergenza. Profili costituzionali, Bari, Cacucci Editore, 2010; A. Cardone, La «normalizzazione» dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo, Torino, Giappichelli, 2011; T. Fenucci, Necessità, emergenza e diritti fondamentali, in Rassegna Parlamentare, n. 3/2014, pp. 535-594; L. Buscema, Lo stato di emergenza e la (irrinunciabile) saldezza dei valori di libertà di un ordinamento democratico, in Democrazia e sicurezza, n. 1/2017, pp. 39-108.

¹⁶⁸ Si legga, fra i tanti, F. TORRE, La Costituzione sotto stress ai tempi del Coronavirus, in Biolaw Journal, n. 2/2020.
¹⁶⁹ In tal senso si leggano le autorevoli riflessioni di M. OLIVETTI, Coronavirus. Così le norme contro il virus possono rievocare il «dictator», in Avvenire, 10 marzo 2020; G. VIRGA, I conti che non tornano (a proposito dell'epidemia da coronavirus), in LexItalia.it, 14 marzo 2020; A. RUGGERI, Il Coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta, in Diritti regionali, 21 marzo 2020, n. 1/2020; L. A. MAZZAROLLI, «Riserva di legge» e «principio di legalità» in tempo di emergenza nazionale. Di un parlamentarismo che non regge e cede il passo a una sorta di presidenzialismo extra ordinem, con ovvio, conseguente strapotere delle pp.aa. La reiterata e prolungata violazione degli artt. 16, 70 ss., 77 Cost., per tacer d'altri, in Federalismi.it, Osservatorio Emergenza Covid-19, 23 marzo 2020, p. 13 ss.; A. D'ALOIA, Costituzione ed emergenza. L'esperienza del Coronavirus, in Biolaw Journal, n. 2/2020; M. BELLETTI, La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità, in Osservatorio AIC, n. 3/2020, p. 192; G. SILVESTRI, Covid-19 e Costituzione, in www.unicost.eu, 4 aprile 2020; A. MORELLI, Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza, in Diritti regionali, 4 aprile 2020, n. 1/2020; S. CASSESE, «Conte avrebbe dovuto rifiutarsi di firmare decreti così contradditori», in Il Dubbio, 14 aprile 2020.

I DIRITTI UMANI IN AMBITO SPORTIVO TRA DOVERI E SANZIONI.

Fabio Ratto Trabucco

Abstract (it): Il lavoro affronta i differenti strumenti normativi di diritto internazionale che riconoscono, più implicitamente che esplicitamente, un *locus standi* allo sport nell'ambito del "diritto dei diritti umani". A tal fine sono richiamati i principi essenziali per una corretta configurazione della portata di un "diritto allo sport", della sua natura e dei suoi limiti, in stretto collegamento con i principi fondamentali, tra i quali spicca, ovviamente, il divieto di discriminazione. Oggetto di specifica attenzione è quindi la prassi degli Stati e, soprattutto, delle organizzazioni internazionali, a partire dalle Nazioni Unite. Da ultimo, si propone una qualificazione ed una collocazione del diritto allo sport – inteso come diritto umano – nel contesto più esteso dei cosiddetti diritti di terza generazione, inscindibilmente collegato ai principi fondamentali dell'ordinamento internazionale odierno, *in primis* all'obiettivo essenziale del perseguimento della pace universale.

Abstract (en): The work deals with the different regulatory instruments of international law which recognize, more implicitly than explicitly, a locus standi to sport in the context of "human rights law". To this end, the essential principles for a correct configuration of the scope of a "right to sport", of its nature and its limits are recalled, in close connection with the fundamental principles, among which, of course, the prohibition of discrimination stands out. Specific practice is therefore the practice of States and, above all, of international organizations, starting from the United Nations. Finally, we propose a qualification and a location of the right to sport - understood as human right - in the broader context of the so-called third generation rights, inseparably linked to the fundamental principles of today's international order, primarily to the essential objective of the pursuit of universal peace.

Keywords: Sport, diritti umani, divieto di discriminazione, sanzioni sportive, *Sports*, *human rights*, *prohibition of discrimination*, *sports sanctions*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - **2.** Lo sport negli atti relativi ai diritti umani. - **3.** L'UNESCO ed il riconoscimento del diritto allo sport. - **4.** Lo sport e la discriminazione. - **5.** Le sanzioni sportive per violazioni dei diritti umani. - **6.** Il diritto allo sport nel diritto internazionale per la pace.

^{*}Research Fellow in Diritto pubblico comparato

AMBIENTEDIRITTO	

1. Introduzione.

Nella comunità internazionale contemporanea, l'avvento di quella che è stata definita come l'"età dei diritti" ha determinato due rilevanti conseguenze. In primo luogo, i diritti umani sono stati oggetto di elencazione, proclamazione e codificazione in numerosi strumenti giuridici internazionali. In secondo luogo, la loro sfera si è notevolmente ampliata, il loro numero si è alquanto allargato, spingendosi a comprendere ambiti che sicuramente non erano previsti nelle intenzioni di coloro che per primi hanno identificato le categorie dei diritti fondamentali della persona umana in quanto tale. Di conseguenza, appare piuttosto comprensibile che lo sport non fosse da ritenere incluso in alcuno dei "cataloghi" di diritti umani di cui sono tradizionalmente dotati gli atti normativi che sono stati via via adottati nell'ordinamento internazionale. Attualmente, nell'epoca della quale il "diritto internazionale dei diritti umani" (Human Rights Law) tende ad investire praticamente tutti gli ambiti dell'attività degli individui, possiamo invece ritenere che lo sport – nelle sue diverse forme e manifestazioni – sia compreso nella sfera più estesa dei diritti fondamentali che la comunità internazionale riconosce agli esseri umani. In questo contributo s'intende presentare i differenti strumenti normativi di diritto internazionale che riconoscono, più implicitamente che esplicitamente, un locus standi allo sport nell'ambito del "diritto dei diritti umani". Inoltre, saranno richiamati i principi essenziali per una corretta configurazione della portata di un "diritto allo sport", della sua natura e dei suoi limiti, in stretto collegamento con i principi fondamentali, tra i quali spicca, ovviamente, il divieto di discriminazione.

Oggetto di specifica attenzione sarà, infine, la prassi degli Stati e, soprattutto, delle organizzazioni internazionali, a partire dalle Nazioni Unite. Da ultimo, sarà proposta una qualificazione ed una collocazione del diritto allo sport – inteso come diritto umano – nel contesto più esteso dei cosiddetti diritti di terza generazione, inscindibilmente collegato ai principi fondamentali dell'ordinamento internazionale odierno, *in primis* all'obiettivo essenziale del perseguimento della pace universale.

2. Lo sport negli atti relativi ai diritti umani.

Lo spazio crescente che lo sport è venuto ad occupare nella vita di relazione odierna è probabilmente una delle conseguenze della sua acquisita dimensione universale e della sua spettacolarizzazione. Non vi è dubbio che esso sia divenuto uno dei grandi fenomeni di massa della realtà contemporanea, che interessa non soltanto chi lo pratica, ma anche e soprattutto chi assiste alle sue manifestazioni e chi le segue attraverso i grandi mezzi di comunicazione, smuovendo per l'effetto un *business* di milioni di Euro. Il dato appare evidente anche soltanto a chi osservi lo spazio che lo sport occupa nei giornali e periodici nonché nei palinsesti delle maggiori reti televisive.

A questa evidente percezione della rilevanza del fenomeno non fa, tuttavia, riscontro una precisa collocazione della sua dimensione normativa nel diritto internazionale "positivo". Occorre, quindi, ricercare riferimenti sparsi allo sport nei diversi testi giuridici che richiamano i diritti della persona, per tentare una collocazione coerente di una sorta di moderno "diritto allo sport".

In realtà, oggetto principale dell'attenzione normativa è il diritto all'educazione o all'attività fisica, allo scopo di conservare o migliorare la propria condizione di

AMBIENTEDIRITTO	

benessere, e di contribuire allo sviluppo della persona in una concezione globale, che comprende le dimensioni della salute e del tempo libero.

La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 non menziona espressamente un diritto allo sport. Essa, tuttavia, include nel catalogo dei diritti un riferimento esteso al tempo libero, per cui «ogni individuo ha diritto al riposo ed allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite» (art. 23). In questa formulazione, risulta evidente una sorta di connotazione residuale di tutto quanto non è riconducibile al lavoro ed alla sua rilevanza nella sua dimensione sociale della vita della persona. Riposo e svago sono concepiti come ampi contenitori di attività diverse, intese essenzialmente come "non lavoro". Non a caso il principio di cui all'art. 24 segue quello in cui è formulata in forma estesa la sfera del "diritto al lavoro" (art. 23). Seppure non sia espressamente menzionata, è sicuramente da ritenere che lo svago comprenda anche l'attività sportiva.

Nella scia della Dichiarazione Universale, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966, omette un esplicito riferimento all'attività sportiva, anche se possiamo considerarla implicitamente inclusa nell'art. 12 che stabilisce come «gli Stati parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire». Più avanti, il testo richiama anche l'obiettivo del «sano sviluppo dei fanciulli». Appare evidente che i riferimenti alle migliori condizioni di salute fisica, mentale e al sano sviluppo dei fanciulli richiamassero agli estensori della norma anche la pratica sportiva che, fin dai tempi antichi, è ritenuta proprio un fattore importante per la salute degli esseri umani e, specificamente per lo sviluppo dei ragazzi.

A sua volta, l'art. 16 della Carta africana dei diritti dell'uomo riecheggia il testo del ridetto art. 12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali.

La Convenzione sui diritti del fanciullo, sottoscritta a New York il 20 novembre 1989, si limita, infatti, ad un generico richiamo al fatto per cui «gli Stati convengono che l'educazione dei fanciulli deve avere come finalità di favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche in tutta la loro potenzialità» (art. 29 e ad un più esplicito riconoscimento al fanciullo del «diritto al riposo ed al tempo libero, di dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età» (art. 31).

Anche gli strumenti normativi regionali di protezione dei diritti umani hanno operato una scelta di questo tipo. La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali tace in proposito, in ragione di una scelta che ha visto chiaramente privilegiare la sfera dei diritti civili e politici fondamentali e la loro giustiziabilità.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza in esito ai lavori della Convenzione che l'aveva redatta, non menziona lo sport ed, anzi, ridimensiona in un'accezione strettamente lavoristica il tempo libero, che, all'art. II-31 titolato «Condizioni di lavoro giuste ed eque», è inteso come «limitazione della durata massima del lavoro» e «periodi di riposo». La Convenzione che ha redatto la Carta ha scelto di determinare a priori, nell'ambito dei diritti da tutelare, quelli azionabili e quelli non azionabili, inserendo nel testo solo i primi¹. È, quindi, comprensibile la mancata menzione espressa dell'attività sportiva.

¹ Cfr. F. Pocar, Diritto dell'Unione europea, Milano, 2010, 105 ss.

A fronte dei limitati riferimenti indiretti allo sport contenuti negli strumenti normativi di protezione e di promozione dei diritti umani fa riscontro l'esistenza di un'esplicita e chiara menzione dello sport nella III Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra. L'art. 38, infatti, stabilisce che «pur rispettando le preferenze individuali di ogni singolo prigioniero, la Potenza detentrice incoraggerà le attività individuali, educative, ricreative e sportive («sports and games»)² dei prigionieri di guerra; essa provvederà ad assicurarne l'esercizio mettendo a loro disposizione locali adatti e l'equipaggiamento necessario». Inoltre, la stessa norma aggiunge che i prigionieri di guerra «dovranno avere la possibilità di fare esercizi fisici, compresi sport e giochi, e di godere dell'aria libera» e che «spazi liberi sufficienti» saranno riservati a tale uso nei campi di detenzione.

Del resto, già la precedente Convenzione di Ginevra del 27 luglio 1929 aveva previsto all'art. 13 che ai prigionieri dei conflitti armati fosse garantito il diritto di fare esercizio fisico e all'art. 17 che forme di «distrazione» intellettuale e sportiva fossero «organizzate» per i prigionieri di guerra e che la Potenza detentrice s'impegnasse ad «incoraggiarle». La Convenzione del 1949 va chiaramente oltre, imponendo l'obbligo di fornire locali ed attrezzatura. L'art. 72 della stessa Convenzione stabilisce che i prigionieri saranno autorizzati a ricevere, «per posta o mediante qualsiasi altro mezzo, invii individuali o collettivi»³. La pratica di alcuni campi di prigionia degli Alleati nel corso del secondo conflitto mondiale aveva dimostrato la concreta possibilità di applicare la norma e numerose organizzazioni di soccorso avevano provveduto ad inviare i dovuti materiali⁴. Appare dunque importante sottolineare che il diritto internazionale umanitario dei conflitti armati sia in questo settore sicuramente più avanzato di quello dei diritti umani.

Questo primo esame delle norme internazionali non consente perciò di individuare chiari ed espliciti riferimenti allo sport come oggetto di configurazione autonoma in termini di diritto della persona umana. Al più permette di ritenere che esso sia da considerare come proiezione dei più generali (e talora generici) riferimenti al riposo, allo svago, alla salute ed allo sviluppo fisico dell'individuo.

La difficoltà principale risiede nell'incerta qualificazione della natura dello sport inteso come diritto. In dottrina è ormai classica la partizione dei diritti in tre "generazioni"⁵. Alla prima generazione appartengono i diritti civili e politici, la cui individuazione e proclamazione è più antica, e che comportano un obbligo di astensione a carico degli Stati che ne devono garantire il godimento agli individui. Alla seconda appartengono i diritti economici, sociali e culturali, che richiedono azioni positive da parte degli Stati per promuoverne il godimento. La terza generazione ha connotati normativi più incerti, ma è stata oggetto di forti spinte di elaborazione

² Cfr. D. SCHINDLER, J. TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts*, Leiden, 2004, 444 ss.

³ Cfr. J.S. PICTET (cur.), La Convention de Genéve relative au traitement des prisonniers de guerre. Commentaire, I, Ginevra, 1958, 251 ss. In tema si vedano anche: N. RODLEY, The Treatment of Prisoners under International Law, Parigi, 1987; A.F. PANZERA, Prigionia di guerra, in «Enc. Dir.», XXXV, Milano, 1984, 462 ss.; Y. DINSTEIN, Prisoners of War, in «Encyclopedia of Public International Law», IV, 1982, 146 ss.; H.S. LEVIE, Prisoners of War in International Armed Conflict, Newport, 1977.

⁴ Cfr. E. Greppi, *I prigionieri di guerra*, in I. Papanicolopulu, T. Scovazzi (cur.), *Conflitti armati e situazioni di emergenza. La risposta del diritto internazionale*, Milano, 2007, 24-25.

⁵ Cfr. K. VASAK, Pour une troisième génération des droits de l'homme, in C. SWINARSKI (cur.), Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet, Dordrecht, 1984, 837.

AMBIENTEDIRITTO	

soprattutto in seno alle organizzazioni internazionali. Essa comprende i diritti alla pace, allo sviluppo, alla solidarietà, all'ambiente sano, alla comunicazione, e non è realizzabile se non attraverso l'azione congiunta degli Stati e delle diverse forme di organizzazione (governative e non) esistenti nell'ambito della comunità internazionale.

Un "diritto allo sport" si presenta con connotati multiformi. Non si può *stricto sensu* collocare tra i tradizionali diritti civili e politici. Non è, tuttavia, del tutto estraneo a questa sfera, dal momento che comporta una robusta dose di "libertà di associazione". Innegabile è, infatti, la diffusa dimensione associativa che caratterizza, in tutti gli Stati, l'attività sportiva. Più appropriata appare la collocazione tra i diritti economici, sociali e culturali e, più specificamente, tra questi ultimi. È indiscutibile, infatti, l'appartenenza dello sport al novero delle attività di rilievo educativo e dotate di una dimensione "culturale". Ma, come vedremo, è un diritto che presenta stretti collegamenti con la famiglia dei diritti di terza generazione, in particolare con il diritto alla pace e con quello relativo alla solidarietà, nonché con il diritto allo sviluppo.

Last but not least, la Carta olimpica, enunciando i Principes fondamentaux de l'Olympisme, afferma decisamente che «la pratique du sport est un droit de l'homme» e che «chaque individu doit avoir la possibilité de faire du sport sans discrimination d'aucune sort et dans l'esprit olympique, qui exige la compréhension mutuelle, l'esprit d'amitié, de solidarité et de fair-play» (n. 4). Pur trattandosi di un atto normativo vincolante a livello internazionale, la Carta olimpica é espressamente menzionata e richiamata in alcune fonti di diritto internazionale rilevanti in materia, quali numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale dell'ONU.

3. L'UNESCO ed il riconoscimento del diritto allo sport.

Più interessanti degli atti multilaterali che hanno enunciato e promosso la tutela dei diritti umani, a questi fini, appaiono le norme e l'attività dell'*United Nations Education Science and Culture Organization* (UNESCO), l'istituto specializzato delle Nazioni Unite dotato di competenza negli ambiti dell'istruzione e della cultura e, quindi, in senso lato anche del tempo libero e dello svago⁶.

Di fatto, è la sola organizzazione del sistema delle Nazioni Unite che sia stata dotata dagli Stati di una competenza specifica nel settore culturale (inteso in tutte le sue articolazioni). Altri istituti specializzati, quali l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) e l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) si sono occupati di questa materia, ma nei limiti della loro competenza settoriale, cioè in un'ottica strettamente "sanitaria" l'una ed in una "lavoristica" l'altra. Per l'OMS lo sport è, infatti, rilevante nell'ambito delle azioni promosse dall'organizzazione per migliorare gli standard di salute e benessere delle popolazioni, mentre l'OIL s'è preoccupata degli aspetti legati ai possibili collegamenti tra attività sportiva e lavoro. In questa prospettiva, spicca l'accordo del febbraio 2003 e la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) per rafforzare le iniziative volte a bandire il lavoro minorile dei Paesi in via di sviluppo nella produzione degli articoli sportivi.

Lo statuto dell'UNESCO non menziona espressamente lo sport tra gli ambiti di competenza dell'organizzazione. Non è, tuttavia, improprio ritenere che esso rientri

⁶ Cfr. M.R. SAULLE, Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura, in «Enc. dir.», XXXI, Milano, 1981, 319 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

negli scopi delineati all'art. 1, che stabilisce che lo scopo dell'organizzazione è «to contribute to peace and security by promoting collaboration among the nations through education, science and culture in order to further universal respect for justice, for the rule of law and for the human rights and fundamental freedoms which are affirmed for the peoples of the world, without distinction of race, sex, language or religion, by the Charter of the United Nations».

Per realizzare questo scopo, lo statuto afferma che l'organizzazione dà «fresh impulse to popular education and to the spread of culture, by collaborating with Members, at their request, in the development of educational activities» ed istituendo forme di collaborazione «to advance the ideal of educational opportunity» senza distinzioni di razza, sesso, etc.

A fugare ogni dubbio circa la competenza dell'UNESCO in materia é intervenuto l'organo plenario, dotato di competenza generale. Nel corso della sessione del novembre 1978, la Conferenza generale dell'UNESCO ha adottato, con risoluzione 1/5.4/2, una Carta internazionale dell'educazione fisica e dello sport, «dans le but de mettre leur développement au service du progrès humain». Si tratta, essenzialmente, di una dichiarazione d'intenti, priva di efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri. Siamo, quindi, lontani da una vera e propria consacrazione del diritto allo sport in uno strumento normativo dotato d'incontestabile natura obbligatoria. La Carta, tuttavia, non va sottovalutata, in quanto si può ritenere che sia espressione del consenso della comunità internazionale circa il ruolo che rivestono l'educazione fisica e lo sport nello sviluppo globale dell'essere umano⁷.

Il testo della Carta è di soli 11 articoli, il primo dei quali qualifica il diritto di accesso all'educazione fisica ed allo sport come "diritto fondamentale" di ogni essere umano, in quanto queste attività, «sont indispensables à l'épanouissement de da personalité». In questa formulazione è piuttosto nitida la possibile collocazione di questo diritto tra quelli "culturali", in un contesto, cioè, di "seconda generazione". Questa connotazione è ulteriormente rafforzata dal collegamento del diritto "culturale" con il suo aspetto "sociale", dall'affermazione per cui «le droit de développer des aptitudes physiques, intellectuelles et morales par l'éducation physique et le sport doit être garanti tant dans le cadre du système éducatif que dans les autres aspects de la vie sociale». Ciascun individuo, in sintonia con la tradizione sportiva del suo Paese, «doit avoir toutes les possibilités de pratique l'éducation physique et le sport, d'améliorer sa condition physique et de parvenir au niveau de performance sportive correspondant à ses dons». Anche qui troviamo una sottolineatura della dimensione di diritto "culturale" individuale, sostanzialmente di seconda generazione. Nella stessa linea si colloca l'ulteriore previsione di "condizioni particolari" che devono essere offerte ai giovani, compresi i bambini in età prescolare, alle persone anziane ed ai disabili, «afin de permettre le développement intégral de leur personalité grâce à des programmes d'éducation physique et de sport adaptés à leurs besoins».

Questa chiara connotazione di diritto "di seconda generazione", tuttavia, è integrata da un esplicito riferimento del Preambolo che richiama una dimensione "di terza generazione": «l'éducation physique et le sport doivent tendre à promouvir les rapprochements entre les peuples comme entre les individus ainsi que l'émulation désintéressée, la solidarité et la fraternité, le respect et la compréhension mutuels, la reconnaissance de l'intégrité et de la dignité des êtres humain».

Dunque, la Carta dell'UNESCO offre una qualificazione di « diritto fondamentale », e la sua adozione per *consensus* sembra indicare l'esistenza di una diffusa e generale *opinio*

⁷ Cfr. C. MIÈGE, J.C. LAPOUBLE, Sport & Organisations internationales, Parigi, 2004.

AMBIENTEDIRITTO	

juris favorevole a questo riconoscimento⁸. La circostanza, poi, che molte discipline sportive non comportano interventi finanziari da parte degli Stati sembra favorire la qualificazione del diritto allo sport come diritto "fondamentale".

Secondo la Carta, l'educazione fisica e lo sport costituiscono un elemento essenziale dell'educazione permanente, nel sistema globale dell'educazione, e la loro pratica permette di sviluppare le attitudini della persona e favorisce l'interazione della società (art. 2). Viene, poi, richiamata l'importanza della salvaguardia dei valori morali dell'educazione fisica e dello sport di fronte alle minacce che derivano dalla violenza, dal doping e dagli eccessi commerciali (art. 7). Da ultimo, la Carta fa appello alla cooperazione internazionale, definita come «une des conditions du développement universel et équilibré de l'éducation physique et du sport» (art. 11). Per promuovere l'effettiva realizzazione di questo diritto, la Conferenza generale dell'UNESCO ha istituito un Comité intergouvernemental de l'éducation physique et du sport (CIGEPS) ed un Fonds international pour le développement de l'éducation physique et du sport (FIDEPS), i cui statuti, adottati nel 1978, sono stati oggetto di revisione nel 1997.

4. Lo sport e la discriminazione.

L'attività sportiva rientra senz'altro tra quelle cui si applicano – in via generale – i principi e le norme relative al divieto di discriminazione. Questo è senza dubbio un altro profilo che assume rilevanza nel rapporto tra sport e diritti umani.

Gli atti normativi internazionali che vietano la discriminazione sono ormai numerosi, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo che, all'art. 1, solennemente proclama che «tutti gli essere umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» e, di conseguenza, «ad ogni individuo spettano tutti i diritti e tutte le libertà enunciate nella presente Dichiarazione, senza distinzione alcuna, per ragioni di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinione politica o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di ricchezza, di nascita o di altra condizione» (art. 2).

I Patti internazionali del 1966 e, per quanto riguarda la materia che ci interessa, quello sui diritti economici, sociali e culturali all'art. 2, n. 2, codificano il divieto di discriminazione, stabilendo che gli Stati parti «si impegnano a garantire che i diritti in esso enunciati verranno esercitati senza discriminazione alcuna, sia essa fondata sulla razza, il colore, il sesso, la lingua, la religione, l'opinione politica o qualsiasi altra opinione, l'origine nazionale o sociale, la condizione economica, la nascita o qualsiasi altra condizione». Nei Patti, all'art. 3, gli Stati s'impegnano «a garantire agli uomini e alle donne la parità giuridica» nel godimento di tutti i diritti enunciati. Altri strumenti specifici sono stati successivamente adottati per precisare la portata del divieto di discriminazione.

Tra questi, spicca la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, del 21 dicembre 1965 che, all'art. 2, n. 1, stabilisce che «gli Stati contraenti condannano la discriminazione razziale e si impegnano a continuare, con tutti i mezzi adeguati e senza indugio, una politica tendente ad eliminare ogni forma di discriminazione razziale ed a favorire l'intesa tra tutte le razze». Segue una serie di ambiti di azione, nei quali gli Stati assumono l'impegno specifico. In particolare, gli Stati

⁸ Cfr. M. TORRELLI, Vers une reconnaissance internationale d'un droit au sport, in P. COLLOMB (ed.), Sport, droit et relations internationales, Paris, 1988, 261 ss.

⁹ Cfr. C. MIÈGE, J.C. LAPOUBLE, op. cit., 18 ss.

AMBIENTEDIRITTO	
 THUDILITIEDHULLO	

s'impegnano a non porre in essere «atti o pratiche di discriminazione» ed a fare in modo che «tutte le pubbliche attività e le pubbliche istituzioni, nazionali e locali» si uniformino a tale obbligo; a «non incoraggiare, difendere ed appoggiare» la discriminazione praticata da individui o da organizzazioni; a «modificare, abrogare o annullare» ogni norma discriminatoria; a vietare «e por fine con tutti i mezzi opportuni discriminazioni praticate da individui, gruppi o organizzazioni; a favorire le organizzazioni e i movimenti integrazionisti multirazziali e gli altri mezzi diretti a eliminare le barriere». Segue un impegno di assicurare lo sviluppo o la protezione di alcuni gruppi o individui, per garantire loro "il pieno esercizio" dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Anche la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, sottoscritta a New York il 18 dicembre 1979, pone obblighi agli Stati di «eliminare la discriminazione nei confronti delle donne al fine di assicurare loro gli stessi diritti degli uomini per quanto concerne l'educazione e, in particolare, per garantire su basi eguali tra l'uomo e la donna, [...] le medesime possibilità di partecipare attivamente agli sports e all'educazione fisica» (art. 10, comma 1, lett. g). Inoltre, come si vedrà in seguito, è ormai pacifico in dottrina che l'apartheid (di cui all'art. 3 della stessa Convenzione) ed ogni altra forma di discriminazione razziale costituiscono una violazione dei diritti umani fondamentali sia di diritto positivo, pattizio, che di diritto consuetudinario, generale.

Per quanto attiene specificamente allo sport, la regola n. 3 della Carta olimpica proibisce ogni discriminazione nei Giochi olimpici contro ogni persona per ragioni di razza, religione, politica o altro, e la regola n. 31 richiede che i Comitati nazionali olimpici si impegnino «to taking action against any form of discrimination [...] in sport».

L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato, nel 1977, una Dichiarazione internazionale contro l'apartheid nello sport10, che afferma il sostegno delle Nazioni Unite al principio olimpico che vieta qualunque discriminazione fondata sulla razza, la religione o l'appartenenza politica. Impegna, inoltre, gli Stati a rifiutare di accordare aiuti finanziari ad organismi o squadre sportive ed atleti che partecipino ad attività sportive nei Paesi che pratichino l'apartheid; a dichiarare pubblicamente la loro ferma opposizione all'apartheid nello sport; a non accordare visti o a rifiutare l'entrata sul loro territorio ai rappresentanti di organizzazioni, ai membri di squadre e ad atleti di Paesi che pratichino l'apartheid. Queste regole hanno poi trovato codificazione nella Convenzione internazionale contro l'apartheid nello sport, elaborata in seno alle Nazioni Unite nel 1985 ed entrata in vigore il 3 aprile 1988¹¹. La formulazione dell'art. 2 è perentoria: «States parties strongly condemn apartheid and undertake to pursue immediately by all appropriate means the policy of eliminating the practice of apartheid in all its forms of sports». Segue un impegno a non consentire contatti sportive con Stati che pratichino l'apartheid e ad impedire che questi contatti siano realizzati da «sport bodies, teams and individual sportsmen» (art. 3). L'obbligo è rafforzato dall'ulteriore impegno a prendere «all possible measures» per impedire i contatti, e gli Stati parti dovranno «ensure that effective means exist about compliance with such measures» (art. 4). Inoltre, gli Stati dovranno impedire il sostegno finanziario e altri tipi di assistenza alle entità sportive che intendano partecipare ad attività sportive in Stati che pratichino l'apartheid (art. 7) ed è stabilito l'impegno a procedere all'espulsione di questi Paesi dagli organi sportivi

¹⁰ Risoluzione n. 105 M (32) del 14 dicembre 1977.

¹¹ Risoluzione n. 64 G (40) del 10 dicembre 1985.

internazionali e regionali (art. 8). L'art. 10 richiama il principio olimpico di non discriminazione ed è anche prevista l'istituzione di una Commissione contro l'apartheid nello sport, composta da quindici personalità di elevata moralità, elette dagli Stati parte tra i propri cittadini e secondo i criteri dell'equa ripartizione geografica e della rappresentanza dei principali sistemi giuridici (art. 11). Gli Stati devono indirizzare al Segretario Generale delle Nazioni Unite relazioni sull'attuazione degli obblighi discendenti dalla Convenzione e sull'adozione di misure legislative, giudiziarie, amministrative o di altro tipo. Questi provvederà ad inoltrarlo alla Commissione che, a sua volta, farà rapporto all'Assemblea generale, sempre per il tramite del Segretario generale (art. 12). Limiti evidenti del sistema risiedono, come in numerosi altri casi, nella previsione della mera possibilità di formulare suggestions e di adottare general recommendations. L'ultima parola spetta ad un'assemblea degli Stati parte che il Segretario Generale, su proposta della Commissione, può convocare. Ciascuno Stato parte può dichiarare di riconoscere la competenza della Commissione a ricevere e ad esaminare ricorsi concernenti la violazioni della Convenzione, avanzati da Stati che abbiano a loro volta fatto questa dichiarazione (art. 13). La Commissione può adottare le misure adeguate da prendere a fronte delle infrazioni. Eventuali controversie relative all'interpretazione, all'applicazione o all'attuazione della Convenzione saranno portate («with the mutual consent of the States parties to the dispute») avanti alla Corte Internazionale di Giustizia, in virtù della clausola contenuta nell'art. 19.

La Carta olimpica riprende il generale divieto di discriminazione, dichiarandolo incompatibile con l'appartenenza al Movimento olimpico.

Anche gli ordinamenti delle federazioni internazionali hanno recepito questi principi. Valga per tutti l'esempio della FIFA che, nel suo statuto, ha stabilito che un'associazione nazionale «which tolerates, allows or organises competitions in which discrimination is practised or which is established in a country where discrimination in sport is laid down by law shall not be admitted to FIFA or shall be expelled if it is already a member». Inoltre, «a national association, when applying to take part in a competition, or deciding to organize one, shall give assurances to the Federation that its provisions will be respected». Nello statuto, adottato al Congresso straordinario di Doha il 19 ottobre 2003 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2004, all'art. 3 (Non-discrimination and stance against racism) è stabilito che «Discrimination of any kind against a country, private person or group of people on account of ethnic origin, gender, language, religion, politics or any other reason is strictly prohibited and punishable by suspension or expulsion». Tuttavia, la prassi ha presentato numerosi problemi di applicazione e di rispetto del principio. Già nel 1936, a non molti anni dall'avvio dei Giochi olimpici moderni, Owens (medaglia d'oro nei 200 metri e nel salto in lungo e protagonista anche della squadra che vinse la staffetta 4x100) e Metcalfe, sconfessando il mito della superiorità della razza ariana, si piazzarono al primo ed al secondo posto nei 100 metri e furono oggetto di atteggiamenti e comportamenti discriminatori in fase di premiazione¹².

La discriminazione, oltre che dagli strumenti elaborati in seno al sistema delle Nazioni Unite, è vietata anche nei sistemi normativi regionali. Il Consiglio d'Europa la proibisce all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La portata del divieto è molto ampia, dal momento che la Convenzione si applica a tutti gli individui posti sotto la giurisdizione di uno Stato

¹² Cfr. W.J. BAKER, *Jesse Owens: An American Life*, Champaign, 2006; R.D. MANDELL, *The Nazi Olympics*, Macmillan, 1971; P.G. NEIMARK, J.C. OWENS, *The Jesse Owens Story*, New York, 1970.

AMBIENTEDIRITTO	

firmatario, e non è, quindi, limitata ai soli cittadini. Di conseguenza, saranno vietate tutte le discriminazioni di cui possono essere oggetto stranieri ed immigrati.

Lo stesso Consiglio d'Europa, per altro verso, prevede ed incoraggia forme di discriminazione "positiva", a favore di soggetti ritenuti svantaggiati per ragioni fisiche o sociali, quali le donne, gli immigrati, i disabili. La terza Conferenza dei ministri responsabili dello sport, tenutasi a Palma di Maiorca fin dall'aprile 1981, ha adottato alcune risoluzioni riguardanti la promozione di misure a favore per queste categorie di persone¹³.

Le donne dovranno essere messe in condizione di accedere alle attività sportive che desiderano praticare e devono potere ricoprire incarichi direttivi nelle organizzazioni sportive. Inoltre, dovranno essere eliminate le restrizioni all'adesione delle donne a taluni circoli sportivi. La discriminazione della donna nello sport è fenomeno ancora rilevante in determinati contesti politici, sociali o religiosi, né va dimenticato che lo stesso De Coubertin non aveva previsto la loro partecipazione alle competizioni olimpiche.

Il Consiglio d'Europa, poi, intende favorire la partecipazione degli immigrati, dal momento che lo sport rappresenta un importante favore d'integrazione e di partecipazione alla vita sociale dello Stato di accoglienza. Gli Stati assumono l'impegno politico a realizzare installazioni nelle zone e nei quartieri a più elevata densità di popolazione immigrata.

Forme di discriminazione "positiva" sono anche rinvenibili per quanto attiene alla partecipazione alle competizioni sportive da parte dei disabili.

In questo contesto, infatti, sono ammesse e addirittura prescritte forme di discriminazione a favore di soggetti che la disabilità priverebbe altrimenti del godimento dei benefici dell'attività sportiva. Essa è intesa, dal Consiglio d'Europa, come fattore di rilievo nella «préparation à la vie», e nel recupero della salute e delle capacità motorie.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha, poi, adottato il 4 dicembre 1986 la European Charter on Sports for All Disabled Persons. I governi degli Stati membri assumono l'impegno di orientare le loro politiche a garantire ai disabili «adequate opportunities to take part in recreational physical activities», garantire loro l'accesso, assicurare le risorse necessarie, incoraggiare la ricerca, formare gli insegnanti per le scuole, in particolare quelli di educazione fisica. Inoltre, gli Stati si impegnano a collaborare con le organizzazioni del mondo sportivo per realizzare gli obiettivi miranti alla maggiore partecipazione possibile dei disabili, in particolare per quanto attiene alle competizioni (sia quelle loro riservate, sia quelle degli able-bodied, nel rispetto del principio «of fair and equal competition»).

Sul piano internazionale, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato – con risoluzione del 20 dicembre 1993, n. 48/96 – una serie di regole standard per le pari opportunità delle persone con disabilità. Individuando le aree di intervento per realizzare la pari opportunità, ha dedicato la norma 11 alle «attività ricreative e allo sport». In questi ambiti, gli Stati «prenderanno delle misure per garantire che le persone con disabilità abbiano pari opportunità». Misure di attuazione e meccanismi di controllo sono previsti per assicurare l'effettivo godimento di queste opportunità.

La discriminazione "positiva" è da intendersi come insieme di misure atte a consentire alle persone disabili di prendere parte alle diverse attività il cui rilievo è

¹³ Cfr. M. TORRELLI, op. cit., 271 ss.

AMBIENTEDIRITTO	

riconosciuto per tutti gli esseri umani. Chiara, in proposito, la formulazione accolta dall'art. 23 della citata Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, che sancisce il diritto dei bambini «a condurre una vita piena e decente, in condizioni che garantiscano la loro autonomia ed agevolino una loro attiva partecipazione alla vita della comunità». Nello stesso senso si collocano la Dichiarazione di Vienna ed il relativo Programma di azione, adottati dalla seconda Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani il 25 giugno 1993. Affrontando il tema dei diritti delle persone disabili, la Conferenza, dopo avere ricordato i fondamenti dei diritti umani, dichiara che «qualsiasi discriminazione diretta o altro trattamento discriminatorio negativo verso una persona disabile, pertanto, è una violazione dei suoi diritti». Ne consegue un richiamo alla necessità di garantire pari opportunità attraverso l'eliminazione di tutte le barriere sociali «che escludono o restringono la piena partecipazione alla società».

La citata Convenzione sui diritti del fanciullo, all'art. 23, riprende il tema del diritto all'accesso, nel quale include la formazione e le attività ricreative e, quindi, in ragione delle considerazioni sinora svolte, anche lo sport e l'attività sportiva.

Sul piano regionale, la Carta sociale europea, adottata a Torino fin dal 18 ottobre 1961, all'art. 15, dedicato espressamente ai disabili, menziona l'accesso alle attività culturali ed al tempo libero, confermando l'impostazione incentrata sul connotato del diritto all'accesso come forma di partecipazione rispettosa del divieto di discriminazione. Ai disabili sono, poi, dedicate manifestazioni sportive *ad hoc* come i Giochi paraolimpici, che costituiscono una risposta specifica alla volontà di dare attuazione concreta ad un diritto alla competizione sportiva in senso proprio.

5. Le sanzioni sportive per violazioni dei diritti umani.

Lo sport è stato anche utilizzato come mezzo di pressione contro gli Stati che violino i diritti fondamentali della persona umana. Tra i casi più rilevanti, spicca quello ben noto del Sudafrica, rispetto al quale l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha preso posizione in numerose occasioni. L'atteggiamento della comunità internazionale è emblematicamente rappresentato dall'esclusione del Sudafrica dai Giochi Olimpici del 1964. Anche nel 1968, la Conferenza internazionale dei diritti umani aveva approvato la decisione del Comitato Olimpico Internazionale (CIO) «de ne pas autorizer l'Afrique du Sud à prendre part aux jeux olympiques de Mexico».

Con la risoluzione 2671 F (XXV) dell'8 dicembre 1970, l'organo plenario dell'ONU chiede agli Stati di adottare alcune misure sanzionatorie contro il Sudafrica, «requests all States and organizations to suspend cultural, educational, sporting and other exchanges with the racist regime anch with organizations and national campaign against apartheid by their boycott of Sout African teams selected under apartheid policies».

L'anno successive, l'Assemblea Generale adotta una nuova risoluzione, la 2775 D (XXVI) del 29 novembre 1971, espressamente dedicate all'apartheid nello sport, nella quale dichiara il proprio sostegno incondizionato al principio olimpico di non discriminazione ed afferma che «merit should be the sole criterion for participation in sport activities». Di conseguenza, chiede solennemente alle organizzazioni sportive nazionali ed internazionali «to uphold the Olympic principle of non-discrimination and to discourage and deny support» ad eventi che siano organizzati in violazione del principio. Chiede anche agli atleti di rifiutare di partecipare ad attività sportive che si tengano in Paesi nei quali vi sia una politica ufficiale di discriminazione razziale o apartheid nello sport. Le

AMBIENTEDIRITTO	

organizzazioni sportive e il pubblico sono altresì richiesti di rifiutare qualsiasi forma di riconoscimento ad attività sportive discriminatorie. Condanna, poi, le azioni del governo sudafricano in questo settore, e «notes with regret» che alcune organizzazioni sportive hanno continuato a realizzare scambi con squadre del Sudafrica che sono state selezionate con metodi discriminatori.

L'anno seguente, con la risoluzione 2923 E (XXVII), l'Assemblea Generale invita gli Stati a boicottare il Sudafrica «in sports and in cultural and other activities». In una generale intitolazione (Cultural, academic and other boycotts of South Africa), una successiva risoluzione (la 35/206 E del 16 dicembre 1980) mostra che in realtà nella generica indicazione «altri boicottaggi» l'Assemblea Generale intende proprio lo sport. In parallelo, il Comitato speciale contro l'apartheid ha incrementato le sue attività di promozione del boicottaggio, giungendo a pubblicare, nel maggio 1981, una Introduction to the First Register of Sports Contacts with South Africa¹⁴. Il documento spiega i motivi e la genesi delle decisioni d'istituire un registro nel quale iscrivere e rendere pubblici tutti i casi di violazione del boicottaggio, in modo che «the international community may concert its efforts to secure a total cessation of all such exchanges». Il registro di questi contatti sportivi, accompagnato dalla lista periodica dei soggetti coinvolti è teso a far sì che «the violators of the United Nations resolutions may be widely made known».

La Conferenza di Parigi del 27 maggio 1981 sulle sanzioni al Sudafrica, ha prodotto una dichiarazione nella quale (al par. 257, sotto l'intitolazione *Other measures*) afferma che «urges all States take appropriate steps to prohibit sporting, cultural and scientific contacts» con il Sudafrica, e stabilisce che gli accordi formali che promuovano attività in questi campi «should be abrogated» (par. 258). Come si può notare, le attività sportive sono qui salite al primo posto nell'elencazione dei contatti vietati.

Il Programma d'azione contro l'apartheid, adottato dall'Assemblea Generale il 5 dicembre 1983, riprende il tema dell'obbligo di sospendere gli scambi culturali, educativi e sportivi «ed altri» con il regime segregazionista sudafricano e richiama il dovere di dare attuazione alle risoluzioni delle Nazioni Unite sull'apartheid nello sport¹⁵. Riprende il tema dello sport in una parte significativamente intitolata Don't play with apartheid, nella quale le organizzazioni sportive pubbliche sono invitate a fare pressione sui governi che non hanno ancora fatto a sufficienza «to take effective measures to enforce the sport boycott», compreso il rifiuto dei visti agli atleti sudafricani. Più nello specifico, viene richiesto, tra l'altro, di assicurare l'espulsione del Sud Africa dalle federazioni sportive internazionali, mobilitare l'opposizione ai viaggi sportivi, persuadere le organizzazioni nazionali e locali ad interrompere i loro rapporti con lo sport della discriminazione, interrompere la pubblicità o il sostegno dei media agli eventi sportivi, sostenere misure effettive contro individui ed organizzazioni che sfidino il boicottaggio, cooperare con il Comitato speciale nella sua opera di redazione del registro. Infine, vi è una sorta di codice di condotta per gli atleti, che dovrebbero (il vero e proprio divieto sfuma infatti in un «should») impegnarsi a non partecipare ad eventi sportivi in Sudafrica o nei quali il Sudafrica sia rappresentato, assicurarsi che le loro organizzazioni abbiano interrotto i legami con lo sport discriminatorio, protestare per la persecuzione di coloro che lottano per uno sport non razzista, fare campagna per l'espulsione del Sudafrica da tutte le federazioni e dalle competizioni, cooperare con il Comitato speciale *«in ensuring the total isolation of South Africa from international sport»*.

¹⁴ Documento n. 18/81.

¹⁵ Risoluzione 38/39 del 5 dicembre 1983.

AMBIENTEDIRITTO	

A rafforzare la portata delle prese di posizione delle Nazioni Unite, è poi intervenuto il Consiglio di Sicurezza con la risoluzione 569 (1985) del 26 luglio 1985, sempre sulla questione del Sudafrica, che «urges States Members of the United Nations to adopt measures against South Africa» e, tra queste, «Restrictions on sports and cultural relations». Ancora una volta lo sport passa dinanzi alle relazioni culturali, forse in ragione della probabile maggiore efficacia di azioni contro uno Stato che aveva fatto dei risultati sportivi una sorta di dimostrazione della superiorità dei bianchi.

La produzione di risoluzioni delle Nazioni Unite culmina, poi, in quella, citata, del 10 dicembre 1985 – anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo – che ha adottato la Convenzione internazionale contro l'*apartheid* nello sport.

Il richiamo all'obbligo di cessare le relazioni sportive con il Sudafrica ritorna nella Dichiarazione adottata dalla Conferenza mondiale sulle sanzioni contro il razzista Sudafrica, tenutasi a Parigi il 20 giugno 1986. Adozione di misure effettive e boicottaggio sono ancora oggetto delle risoluzioni 43/50 D del 5 dicembre 1988 e 44/27 K del 22 novembre 1989, mentre la 44/27 L, sempre il 22 novembre 1989 invita alla ratifica della Convenzione del 1985 e ricorda gli obblighi di isolare il regime razzista ed espellere o sospendere le sue organizzazioni sportive.

Da ultimo, negli anni Novanta, troviamo ancora risoluzioni dell'Assemblea Generale che fanno appello ai governi, alle organizzazioni sportive ed ai singoli «to refrain from any sports relations with South Africa» (risoluzione 45/176B del 19 dicembre 1990), che riprendono l'invito a ratificare la Convenzione ed a mantenere in vigore il boicottaggio «until profound and irreversible changes take place in that country» (risoluzione 45/176 G in pari data). Ormai, il regime segregazionista sudafricano è al tramonto e l'Assemblea Generale invita «to resume sport links with unified non-racial sporting organizations» (risoluzione 46/79A del 13 dicembre 1991) e «also calls upon the international community to assit the non-racial sports bodies in South Africa in redressing the continuing structural inequalities in sport in that country» (risoluzione 48/159A del 20 dicembre 1993).

Il CIO ha regolarmente scelto d'isolare i regimi segregazionisti (Sudafrica nonché Rhodesia, odierno Zimbabwe), escludendo i loro cittadini dalle competizioni internazionali. La motivazione dichiarata è sempre stata quella della volontà di non avallare *de facto* le politiche e legislazioni razziste.

Il caso del Sudafrica ha costituito il più compiuto e sistematico sforzo della comunità internazionale – e, segnatamente, delle Nazioni Unite, in quanto organizzazione a vocazione universale e dotata della più estesa rappresentatività – di adottare sanzioni collettive per punire uno Stato responsabile di una forma di *gross violation* dei diritti umani. L'apartheid è ormai considerata una grave violazione non solo in ragione della conclusione di accordi multilaterali in seno alle Nazioni Unite ma anche in virtù della formazione di una corrispondente norma di diritto internazionale consuetudinario. Essa, poi, sarebbe divenuta norma di *ius cogens*, norma imperativa¹⁶. In questo senso si è anche espressa la Corte Internazionale di Giustizia de L'Aia nel parere del 21 giugno 1971 sulle conseguenze giuridiche per gli Stati della presenza continua del Sudafrica in Namibia nonostante la risoluzione 276 (1970) del Consiglio di Sicurezza.

¹⁶ Cfr. B. CONFORTI, Diritto internazionale, Napoli, 2018, 46 e 185.

AMBIENTEDIRITTO	

Nell'evoluzione più recente, infine, l'*apartheid* è stata inclusa nel novero dei crimini contro l'umanità¹⁷ ed anche lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale menziona espressamente il crimine di *apartheid* all'art. 7, n. 1, lett. J)¹⁸.

Tuttavia occorre notare che il caso sudafricano non ha fatto scuola. Non si segnalano, infatti, altre situazioni nelle quali la comunità internazionale abbia reagito con altrettanta determinazione, adottando sanzioni nell'ambito sportivo contro Stati responsabili di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona umana. Il caso rhodesiano è del resto meno significativo, in quanto l'*apartheid* in questo Stato era meno severa e brutale¹⁹. Gli organi competenti delle Nazioni Unite sono del resto organi politici, in seno ai quali non è facile che si realizzi un vasto consenso in ordine a misure collettive contro gli Stati. Né va dimenticato che per molti anni i meccanismi decisionali sono stati pesantemente condizionati dall'esistenza di una maggioranza di Stati che sicuramente non erano in grado di mostrare credenziali particolarmente incoraggianti quanto al loro grado di rispetto dei diritti della persona umana. Ne costituisce un esempio l'assegnazione a Pechino delle Olimpiadi estive del 2008 laddove in seno al CIO la Cina era stata invano oggetto d'iniziative miranti a raccogliere consensi al fine d'evitare l'assegnazione dei Giochi²⁰.

6. Il diritto allo sport nel diritto internazionale per la pace.

Nel generale contesto dei diritti di terza generazione, e nell'attività delle organizzazioni internazionali, lo sport come diritto umano – ancorché, come si è visto di non sempre chiara ed univoca configurazione – s'è ricavato uno spazio di possibile sviluppo in ragione essenzialmente del suo riconosciuto ruolo come fattore di pace e come elemento idoneo a favorire relazioni amichevoli tra gli Stati. Quantunque non sia espressamente menzionato nella Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati in conformità della Carta delle Nazioni Unite, sottoscritta a New York il 24 ottobre 1970, lo sport appare senz'altro idoneo ad essere ricompreso tra le realtà che manifestano il «dovere degli Stati di cooperare gli uni con gli altri in conformità con la Carta». Esso, infatti, comporta richiami dei divieti di discriminare (obbligo negativo), ma anche il dovere (obbligo positivo) di «cooperare in campo economico, sociale e culturale e in quello scientifico e tecnico e favorire il progresso della cultura e dell'insegnamento nel mondo». Come s'è visto, è in questo esteso e comprensivo ambito che ne richiamano il collegamento con la dimensione sociale e con quella culturale dei diritti alla persona.

Dal momento che è ormai consolidata la competenza dell'UNESCO, appare in tutta evidenza il collegamento tra l'attività di questa organizzazione e gli scopi delle Nazioni Unite. Lo statuto dell'UNESCO, infatti, si caratterizza per essere unico tra quelli degli istituti specializzati ad operare un esplicito collegamento con l'ONU. Nel Preambolo, infatti, s'afferma che «since wars begin in the minds of men, it is in the minds of men that the defences of peace must be constructed», e si ricorda che la terribile guerra mondiale era stata

¹⁷ *Ibid.*, 384.

¹⁸ Cfr. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003 e J. DUGARD, *L'apartheid*, in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (cur.), *Droit international pénal*, Parigi, 2000, 349 ss.

¹⁹ Cfr. J.A.R. NAFZIGER, *International Sports Law*, New York, 2004 e U. ZIMMERLI, *Human Rights and the Rule of Law in Southern Rhodesia*, in «International Comparative Law Quarterly», 1971, 239 ss.

²⁰ Cfr. M. SVENNSON, Debating Human Rights in China, Oxford, 2002.

AMBIENTEDIRITTO

resa possibile dal diniego di principi quali «dignity, equality and mutual respect of men». Di conseguenza, nel Preambolo gli Stati si dichiarano consapevoli che gli aspetti politici per una future pace non possono prescindere da una «intellectual and moral solidarity of mankind». Nel perseguire l'obiettivo di facilitare i mezzi di comunicazione tra i popoli e di promuovere la reciproca comprensione, gli Stati hanno costituito l'UNESCO «for the purpose of advancing, through the educational, scientific and cultural relations of the peoples of the world, the objectives of international peace and of the common welfare of mankind» per i quali l'ONU è stata istituita.

L'enfasi, posta nel Preambolo, sullo stretto legame intercorrente tra l'obiettivo della promozione della pace e della sicurezza e la sfera delle relazioni tra gli Stati nell'ambito dell'educazione e della cultura trova un'ulteriore attualizzazione nella dimensione giuridico istituzionale, in quanto lo statuto collega l'appartenenza all'UNESCO alla membership delle Nazioni Unite. L'art. II, infatti, attribuisce automaticamente lo status di membro dell'UNESCO ai membri dell'ONU. Il citato Preambolo della Carta dell'UNESCO del 1978 ha chiaramente consacrato la concezione dello sport come strumento finalizzato a promuovere i rapporti tra i popoli e fra gli esseri umani, in uno spirito di emulazione disinteressata, di solidarietà, di fraternità, di rispetto e reciproca comprensione, nonché di riconoscimento dell'integrità e della dignità della persona.

L'Atto Finale di Helsinki, scaturito dalla Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa, ha inserito lo sport nell'ambito della Cooperazione nel settore umanitario ed in altri settori: al n. 23 è affermato che «ai fini di intensificare i legami e la cooperazione esistenti nel campo dello sport, gli Stati partecipanti incoraggeranno i contatti e gli scambi in tale settore, ivi compresi gli incontri e le competizioni sportive di ogni genere, fondandosi sulle norme, i regolamenti e gli usi internazionali in vigore».

Anche nel Documento conclusivo della riunione di Madrid del 1980 si trova una riaffermazione, da parte degli Stati, della «volontà di adottare, negli ambiti della loro competenza, provvedimenti ragionevoli, comprese, quando appropriato, le necessarie misure di sicurezza, al fine di assicurare condizioni soddisfacenti per lo svolgimento nel loro territorio di attività nel quadro della cooperazione reciproca, quali manifestazioni sportive e culturali, cui prendano parte cittadini di altri Stati partecipanti». Nel corrispondente Documento conclusivo della riunione di Vienna del 1986, gli Stati affermano che faciliteranno i contatti e rapporti tra le proprie popolazioni «con iniziative quali scambi sportivi diretti a livello locale e regionale».

Dunque, lo sport assume rilievo nel più generale contesto delle forme di cooperazione che gli Stati reputano necessarie per garantire la pace e la sicurezza in Europa, e trova espressione nei testi politici – di mero rilievo programmatico e sostanzialmente privi di efficacia vincolante – che via via la Conferenza e i suoi "seguiti" hanno adottato. Infatti, l'Atto Finale di Helsinki e, a fortiori, i documenti conclusivi delle Conferenze che ne hanno rappresentato il seguito, sono da ritenersi del tutto privi di efficacia vincolante, quali Non-binding International Agreements²¹. Lo sport, in questa dimensione per così dire aggiuntiva, ulteriore – rispetto a quella che lo vorrebbe riconosciuto come diritto fondamentale – si presenta come fattore di pace, come strumento di comunicazione e di dialogo tra gli individui e tra i popoli. I valori di cui è portatore appartengono al novero di quelli che l'ordinamento internazionale ha posto a fondamento della Carta delle Nazioni Unite e degli statuti delle principali organizzazioni internazionali. D'altra parte, è ormai ritenuto consolidato il rapporto di

²¹ Cfr. T. Treves, Diritto internazionale. Problemi fondamentali, Milano, 2005, 361.

AMBIENTEDIRITTO	

stretta correlazione che intercorre tra pace e sicurezza e diritti umani. Esso è operato dalla Carta delle Nazioni Unite ed è confortato da una prassi cospicua degli organi principali, culminata nelle prese di posizione del Consiglio di Sicurezza che considera 'minacce alla pace" le gravi violazioni dei diritti umani²².

Analogo collegamento è reso esplicito dalla Carta olimpica, per la quale «le but de l'Olympisme est de mettre le sport au service du développement harmonieux de l'homme en vue de promouvir une societé pacifique, soucieuse de préserver la dignité humaine» (n. 2).

Lo stesso istituto della tregua olimpica conferma questa interrelazione. Un diritto alla competizione sportiva nel contesto dei Giochi a vocazione universale è inteso come prevalente – seppure temporaneamente – sui conflitti in atto tra gli Stati. L'Assemblea Generale dell'ONU dal 1993 ha ripetutamente espresso il suo sostegno al CIO, con l'adozione unanime, a cadenza biennale (l'anno precedente ciascuna edizione dei Giochi olimpici) di una risoluzione intitolata Building a peaceful and better world through sport and the Olympic idea. Invita, quindi, gli Stati membri ad osservare individualmente o collettivamente la tregua olimpica, ed a perseguire modalità pacifiche e diplomatiche di soluzione dei loro conflitti, e riconoscendo l'importanza delle iniziative del CIO per il benessere umano e la comprensione internazionale.

In tempi recenti, i temi relativi al delicato rapporto tra sport e diritti umani sono stati riportati all'attenzione della comunità internazionale in occasione delle Olimpiadi di Pechino del 2008. In particolare, Amnesty International ha avanzato al CIO formali richieste di prendere posizione presso il governo cinese. Nel 2007 Amnesty ha lanciato una campagna nella quale chiedeva alla Cina di rispettare gli impegni a suo tempo assunti in occasione dell'assegnazione dei giochi olimpici, e «e per favorire sostanziali riforme e miglioramenti in quattro aree fondamentali, strettamente connesse alla preparazione ed all'organizzazione delle Olimpiadi: la pena di morte; la libertà d'informazione e la censura su Internet; l'imprigionamento, la tortura e le intimidazioni verso i difensori dei diritti umani; le forme illegali di detenzione amministrativa²³. A parte quale labile dichiarazione del Presidente del CIO dell'epoca, Rogge, non sono stati tuttavia adottati testi o documenti ufficiali dotati di rilievo giuridico volti a sostenere le ragioni dei diritti umani in quel tanto immenso quanto non democratico Paese.

Questo conferma ampiamente come il cammino resta ancora lungo ed arduo, e che il tema del rispetto dei diritti umani - soprattutto quando viene sollevato dinanzi a governi di grandi potenze – viene costretto a cedere il passo alla volontà di molti governi di privilegiare, a qualunque costo, lo sviluppo delle relazioni politiche, economiche, commerciali e finanziarie. Chiudere gli occhi avanti alle violazioni più brutali diventa spesso la scelta più semplice e meno impegnativa. Di qui scaturisce la necessità di promuovere azioni più efficaci nell'ambito della società civile e delle sue organizzazioni, che spesso si rivelano preziose nell'esercitare forme incisive di pressione sui governi e nell'ambito delle organizzazioni intergovernative. La fine della guerra fredda ha consentito un rilancio della riflessione e, conseguentemente, di una prassi coerente, circa la relazione che intercorre tra pace, democrazia e diritti umani. L'ammissione ad organizzazioni internazionali e la partecipazione degli Stati alle loro attività è ormai frequentemente condizionata all'accettazione dei valori fondamentali della comunità internazionale e, tra questi, quello preminente del rispetto dei diritti umani. Lo sport si presta molto bene a fornire segnali ed incoraggiamenti in questa

²² Cfr. S. MARCHISIO, L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite, Bologna, 2000, 224.

²³ Cfr. AMNESTY INTERNATIONAL, Pechino 2008. Olimpiadi e diritti umani in Cina, Torino, 2007, 26.

AMBIENTEDIRITTO		
AMBIENTEDIKITO	AMDIENTEDIDITTO	
	AMBIENTEDIKITIO	

direzione. Legare l'ammissione e/o la partecipazione delle federazioni sportive nazionali alle organizzazioni sportive internazionali ed alle relative competizioni all'obbligo di un effettivo rispetto dei diritti umani ed all'adesione ai valori espressi dall'ordinamento internazionale costituisce una forma d'incentivazione, una sorta di "sanzione premiale" o "sanzione positiva" che può presentare profili d'incoraggiante efficacia²⁴.

Infine, se il legame tra pace e diritti umani risulta in tutta evidenza nelle norme internazionali e nella prassi delle Nazioni Unite, parimenti evidente è il legame che intercorre tra i diritti umani (e tra questi il diritto allo sport) ed il diritto allo sviluppo, inteso nell'accezione più ampia e comprensiva. Se si ritiene che lo sport sia anche una dimensione essenziale dello sviluppo completo ed armonioso dell'essere umano, il diritto allo sport deve trovare una compiuta integrazione nel diritto allo sviluppo. «La paix, sans laquelle le développement est impossible. Le développement sans lequel les droits de l'homme sont illusoires. Les droits de l'homme, sans lesquels la paix est violence»²⁵. Lo sport inteso come diritto umano può dare un rilevante contributo allo sviluppo ed alla promozione dei valori fondamentali riconosciuti ormai in molte dimensioni dell'ordinamento giuridico internazionale.

²⁴ Cfr. M. IOVANE, La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale, Napoli, 2000, 219 ss.

²⁵ Cfr. R.-J. DUPUY, Les droits de l'homme... privilège de l'Europe?, Parigi, 1984, 24.

AMBIENTEDIRITTO

CONCESSIONE DI DERIVAZIONE D'ACQUA PUBBLICA: CORRISPETTIVI E PRESTAZIONI IMPOSTE.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto dei sovracanoni. (Nota a Corte di Cassazione, SS.UU., n. 19891 del 23 luglio 2019)

Laura Formentin - Fabrizio Colasurdo

(dottoressa di ricerca in diritto amministrativo e avvocato presso il Foro di Torino; avvocato presso il Foro di Torino)

La recente pronuncia in commento (n. 19891/2019), resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione al termine di un'articolata vicenda processuale, da un lato ha confermato alcuni principi già enunciati nel tempo in materia di sovracanoni dovuti dai concessionari di derivazione d'acqua pubblica, dall'altro ha puntualizzato e chiarito alcuni aspetti di estremo interesse, in quanto ampiamente dibattuti, sui presupposti e sulle condizioni necessari per poter pretendere dai concessionari il versamento dei sovracanoni, in aggiunta al canone convenzionalmente pattuito.

L'origine dei sovracanoni si rinviene nell'art. 52 del r.d. n. 1775/1933, che stabiliva una riserva di quantitativo di energia a beneficio dei c.d. comuni rivieraschi per uso esclusivo dei pubblici servizi¹.

¹ La norma, vigente dal 23 gennaio 1934, prevede che "Nelle concessioni di grandi derivazioni per produzione di energia può essere riservata, ad uso esclusivo dei servizi pubblici, a favore dei comuni rivieraschi, nel tratto compreso tra il punto ove ha termine praticamente il rigurgito a monte della presa ed il punto di restituzione, una quantità di energia non superiore ad un decimo di quella ricavata dalla portata minima continua, anche se regolata, da consegnarsi alla officina di produzione. I comuni, a favore dei quali è fatta la riserva, devono chiedere la energia nel termine di non oltre quattro anni dalla data del decreto di concessione, e utilizzare effettivamente tale energia entro tre anni dalla comunicazione delle determinazioni del Ministro dei lavori pubblici di cui al comma quarto del presente articolo. Decorso l'uno o l'altro termine, il concessionario resta esonerato da ogni obbligo in proposito. Nel caso di accordo tra le parti, il suddetto termine di tre anni decorre dalla data dell'accordo, di cui deve essere data comunicazione al Ministro dei lavori pubblici. In mancanza di accordo, il riparto dell'energia fra i comuni ed il prezzo di essa sulla base del costo, tenuto conto delle caratteristiche dell'energia richiesta, comprese le quote per interessi e per ammortamenti, sono determinati dal Ministero dei lavori pubblici, sentito il Consiglio superiore. Ouanto alla misura del tasso d'interesse, si applica il disposto dell'ultimo comma dell'articolo precedente".

AMBIENTEDIRITTO	

In primo luogo, occorre puntualizzare che i sovracanoni per cui è sorta la questione oggetto della sentenza in commento sono quelli previsti originariamente dall'art. 52 del T.U. 11.12.1933 n. 1775, e non a quelli di cui all'art. 53 del medesimo T.U.², che prevede una maggiorazione del canone, oggi disposta a favore delle Regioni.

Il citato art. 52, infatti, stabiliva che, a beneficio dei c.d. comuni rivieraschi e per uso esclusivo dei pubblici servizi, potesse esser riservata, nel tratto compreso tra il punto ove aveva termine la presa d'acqua e quello della restituzione, un quantitativo di energia non superiore ad un decimo di quella ricavata dalla portata minima continua.

All'erogazione effettiva di tale quantitativo di energia è stata poi sostituita, in ragione dell'entrata in vigore dell'art. 1 della legge n. 959 del 1953, la corresponsione di una somma di denaro, cui si è dato il nome di "sovracanone" in ragione del fatto che si tratta di una prestazione pecuniaria dovuta dal concessionario in aggiunta ad un canone demaniale, di regola, dovuto dal concessionario.

Secondo il disposto dell'8° comma dell'art. 1 della legge n. 959/1953, i concessionari di grandi derivazioni d'acqua per produzione di forza motrice³, anche se già in atto, le cui opere di presa siano situate in tutto o in parte, nell'ambito del perimetro imbrifero montano, sono soggetti, in sostituzione degli oneri di cui all'art. 52 del citato T.U., al pagamento di un sovracanone annuo di lire 1300 per ogni chilowatt di potenza nominale media, risultante dall'atto di concessione. Tale articolo prevede al comma 9, che l'obbligo del pagamento del sovracanone decorre:

- a) dalla data di entrata in vigore della presente legge e con le scadenze stabilite per il canone demaniale per gli impianti sui quali a tale data già sia dovuto il canone demaniale;
- b) dalla data di entrata in funzione degli impianti, negli altri casi;
- c) nel caso di entrata in funzione parziale degli impianti il canone decorrerà in proporzione della potenza installata in rapporto a quella concessa. A tal fine il Ministro per i lavori pubblici comunicherà a quello per le finanze gli elementi per la determinazione provvisoria del canone demaniale e dei sovracanoni, che verranno pagati immediatamente, salvo conguaglio in sede di concessione definitiva.

Successivamente, l'art. 4 della legge 22 dicembre 1980, n. 925 si è interessato in modo espresso alla disposizione contenuta nell'art. 1, comma 9, lett. b, della legge n. 959 del 1953, stabilendo che essa è da interpretare nel senso che "il sovracanone decorre dalla data di entrata in funzione, anche parziale, degli impianti; negli altri casi, pur in pendenza del decreto di concessione".

L'esame del citato art. 1, comma 9 della l. n. 959/523 consente di distinguere, alla luce della formalizzazione scelta dal legislatore, tre distinti momenti di decorrenza del pagamento del sovracanone:

per gli impianti per i quali alla data di entrata in vigore della legge (31/12/1953) il canone demaniale era già stato determinato con il decreto di concessione, il pagamento

² Tale norma prevede che "Il Ministro per le finanze, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, può stabilire, con proprio decreto, a favore dei Comuni rivieraschi e delle rispettive Province, un ulteriore canone annuo, a carico del concessionario, fino a lire 436 per ogni chilowatt nominale concesso. Con lo stesso decreto, il sovracanone è ripartito fra gli enti di cui al comma precedente, tenuto conto anche delle loro condizioni economiche e dell'entità del danno eventualmente subìto in dipendenza della concessione. Nel caso di derivazioni a seguito delle quali le acque pubbliche siano restituite in corso o bacino diverso da quello da cui sono derivate, il Ministro per le finanze, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, stabilisce tra quali Comuni e Province ed in quale misura il sovracanone di cui ai commi precedenti debba essere ripartito. Il canone di cui al presente articolo ha la stessa decorrenza e la stessa scadenza del canone governativo".

³ L'obbligo è stato esteso a tutti i tipi di derivazione per effetto della legge n. 7/1977.

AMBIENTEDIRITTO	

del sovracanone decorre dal 31/12/1953 (lett. a);

per gli impianti per i quali non è stato ancora determinato (e quindi dovuto) il canone demaniale, pur in pendenza del decreto di concessione (ossia allorquando il procedimento non si sia ancora concluso) il pagamento del sovracanone decorre dal momento di entrata in funzione dell'impianto (lett. b), come interpretata dall'art. 4 della l. n. 925/1980);

per gli impianti parzialmente in funzione, il sovracanone è dovuto dal momento in cui vengono determinati, anche in via provvisoria, il canone demaniale ed i sovracanoni medesimi (lett. c).

Le fattispecie su descritte evidenziano che il criterio prescelto dal legislatore per individuare il *dies a quo* per il pagamento dei sovracanoni, ponendo un nesso inscindibile con la data in cui viene definito il canone "demaniale", coincide nel concreto con la data in cui viene adottato il provvedimento di concessione, nel quale viene determinato e quantificato il canone concessorio che dovrà essere versato dal concessionario.

L'obbligazione consistente nel versamento del sovracanone, pur essendo distinta per natura giuridica da quella che impone il versamento del canone e pur non costituendo prestazione accessoria del medesimo, sorge tuttavia solo con il concretarsi della titolarità della concessione in capo al soggetto richiedente. In tal senso ha svolto un intervento chiarificatore la Corte costituzionale che, con sentenza n. 533/2002, ha osservato che il sovracanone richiesto ad un concessionario di utenza idrica configura una prestazione patrimoniale, correlata solo "all'esistenza attuale e non all'uso effettivo della concessione di derivazione, la quale costituisce presupposto materiale di un'imposizione finalizzata ad integrare le risorse degli enti territoriali interessati, nel quadro di un'esigenza di sostegno dell'autonomia locale". Poiché la "esistenza attuale" della concessione di derivazione - che prescinde dall'uso - diventa tale solo in ragione dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento volto al rilascio della concessione, solo da questo momento comincia a decorrere l'obbligo per il concessionario di versare i sovracanoni di cui all'art. 1 della legge n. 959/1953. Rilevante, quindi, per individuare la data di decorrenza del pagamento del sovracanone, risulta essere la data di rilascio della concessione, la quale, a sua volta costituisce il provvedimento definitivo con il quale viene determinata la potenza nominale media di concessione, e di conseguenza sono definiti: il canone annuo, in ragione e proporzionalmente alla potenza nominale media, e il sovracanone annuo, anch'esso in ragione della potenza nominale media di concessione.

All'interno del quadro normativo ora sintetizzato, il concessionario ricorrente per Cassazione⁴ ha omesso di versare i sovracanoni, giustificando tale inadempimento mediante il richiamo anche a pronunce della Corte di Cassazione le quali avrebbero – a suo dire – statuito che i sovracanoni potrebbero essere richiesti solo dal momento dell'entrata in funzione degli impianti.

Quindi, in tutte le fattispecie in cui l'impianto non sia in funzione per cause non imputabili al concessionario (e dunque anche durante lo svolgimento del procedimento regionale volto ad ottenere l'autorizzazione unica), i sovracanoni non sarebbero dovuti, in quanto la concreta impossibilità dello sfruttamento della risorsa idrica farebbe venir meno l'obbligazione del pagamento del sovracanone.

⁴ Sono altresì reperibili analoghi precedenti, sempre formatisi con riferimento a subconcessioni rilasciate dalla Regione Autonoma Valle d'Aosta, conclusisi con sentenze definitive del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

AMBIENTEDIRITTO	

L'interpretazione della disciplina di legge sposata dal concessionario fa sostanzialmente riferimento a due pronunce delle Sezioni Unite della Suprema Corte (n. 11989/2009 e n. 25341/2009), ma, come ha avuto modo di evidenziare la pronuncia a Sezioni Unite n. 19891/2019 in commento, quell'interpretazione risulta in parte fuorviante e in parte omissiva delle effettive premesse da cui muovono i precedenti della Corte di Cassazione richiamati.

Con la sentenza n. 11989/2009, infatti, la Corte di Cassazione, pur ammettendo l'esistenza di un certo grado di perdurante ambiguità delle norme in esame⁵, chiarisce che "il riferimento alla "data di entrata in funzione degli impianti", come momento di decorrenza del sovracanone nei casi in cui tale evento preceda la formale instaurazione del rapporto concessorio, non consente logicamente di dedurne che il medesimo sovracanone non sia dovuto fino all'entrata in funzione degli impianti anche quando, viceversa, la titolarità della concessione sia già stata acquisita".

Tale principio, ribadito dalla Corte di Cassazione anche nella coeva sentenza n. 25341/2009, fondato sulla ricognizione normativa di cui sopra è stato fatto cenno, consente di affermare che l'obbligo della corresponsione del canone è da ritenersi connesso al solo fatto obiettivo della titolarità della concessione, risultando del pari irrilevante la data di entrata in funzione dell'impianto se non quando essa preceda il rilascio del provvedimento concessorio.

Le obbligazioni afferenti ai sovracanoni sono, infatti, intimamente differenti da quelle aventi ad oggetto il canone, sia con riferimento al soggetto percipiente (per il canone il concessionario-Regione, per i sovracanoni il Consorzio di bacino) sia alla finalità (per i sovracanoni l'integrazione delle risorse degli enti locali depauperati di acque interessanti il proprio territorio e non una mera entrata patrimoniale a favore della Pubblica Amministrazione concedente, come avviene per il canone) sia alla natura giuridica (controprestazione per il canone, prestazione patrimoniale imposta dalla legge per i sovracanoni).

L'indagine sulla natura tributaria dei sovracanoni, rilevante anche ai fini della

⁵ Invero paradossalmente, essendosi *medio tempore* succeduti ben due interventi legislativi di interpretazione autentica.

⁶ Il nostro ordinamento manca, come noto, di una puntuale definizione di tributo, che è stata elaborata in via dottrinaria a partire dagli artt. 23 e 53 della Costituzione (cfr. A. FANTOZZI, Il Diritto Tributario, Torino, 2003). In linea generale, i tributi sono obbligazioni aventi ad oggetto una prestazione di regola pecuniaria, a titolo definitivo o a fondo perduto, nascenti dalla legge e quindi caratterizzate dal profilo della coattività; essi si distinguono dalle sanzioni perché basati su un presupposto di fatto che non ha natura di illecito. In tempi recenti, la Corte Costituzionale ha arricchito tale definizione di massima, assegnando maggior risalto alla funzione di partecipazione alla spesa pubblica, in modo da includere nella categoria tutte le prestazioni eseguite dal contribuente per concorrervi, in base a parametri di capacità soggettiva, rilevata secondo criteri di proporzionalità o progressività (cfr. A. AMATUCCI, Il concetto di tributo (I parte), in Trattato di diritto tributario, Padova, 2001). Si è così affermato che si ha tributo in presenza di una prestazione, priva di un rapporto sinallagmatico tra le parti e che sia collegata alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante (C. Cost., 73/2005, 334/2006, 64/2008, 335/2008, 141/2009, 238/2009). Non risulta però tuttora univoco come debba essere individuata la nozione di spesa pubblica rilevante, sussistendo una teoria soggettiva (per cui si deve guardare alle caratteristiche dell'ente destinatario dell'entrata; cfr. C. Cost, n. 188/2018 in materia di contributi di bonifica), una oggettiva (che si fonda sull'interesse generale al finanziamento della spesa) a posizione più attuali, che rivolgono la loro attenzione all'effettiva incidenza dell'entrata sul bilancio dello Stato (cfr. C. Cost, n. 223/2012, per cui "l'assenza di una espressa indicazione della destinazione delle maggiori risorse conseguite dallo Stato non esclude che siano destinate a sovvenire pubbliche spese, e, in particolare, a stabilizzare la finanza pubblica, trattandosi di un usuale comportamento del legislatore quello di non prevedere, per i proventi delle imposte, una destinazione diversa dal generico 'concorso alle pubbliche spese' desumibile dall'art. 53 Cost. Nella specie, tale destinazione si desume

AMBIENTEDIRITTO

individuazione della giurisdizione cui rivolgersi per la tutela delle proprie pretese, è stata condotta secondo il paradigma valutativo contenuto nella pronuncia resa dalla Corte Costituzionale (n. 533/02) la quale ha individuato le sostanziali differenze tra canoni e sovracanoni così da mettere in luce le peculiari caratteristiche tributarie di questi ultimi.

Il sovracanone configura una prestazione patrimoniale imposta⁷ caratterizzata da fini solidaristici ed avente natura tributaria.

Per essa, la legge prevede la destinazione ad un fondo comune gestito dai Consorzi per finalità di sviluppo economico e sociale delle popolazioni interessate e per la realizzazione delle opere che si rendano necessarie per rimediare all'alterazione del corso naturale delle acque causata dalla loro regimazione artificiale (così Corte cost., n.

anche dal titolo stesso del decreto legge: 'Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica', in coerenza con le finalità generali delle imposte"). Ma ancora, all'interno della categoria dei tributi si sono distinte le tasse, strettamente collegate se non vincolate all'erogazione di un servizio da parte dello Stato, dalle imposte, che trovano il loro fondamento diretto in situazione soggettiva espressione di una certa capacità contributiva, indipendentemente da qualsivoglia azione da parte dello Stato, nonché quelle più controverse monopoli fiscali e, soprattutto, di contributi, ossia di prestazioni caratterizzate da una finalità mutualistica. I casi per i quali la classificazione è più incerta appaiono proprio questi ultimi, che dovrebbero portare alla esclusione dalla nozione di tributo di ciò che, pur accedendo al bilancio pubblico, resti attratto a un segmento di mera mutualità, che pur espressione di una solidarietà diffusa non si propaghi alla generalità dei cittadini, sebbene diverse pronunce, specie della Corte di Cassazione, sembrino diversamente deporre, laddove ritengono a natura tributaria anche prelievi connessi a ipotesi di solidarietà circoscritta rapportabile a ragioni di mutualità: è il caso dei diritti di iscrizione in albi e registri delle Camere di commercio (c.d. diritti camerali, per vedi C. Cass., SS.UU.,sent. n. 24.6.2005, n. 13549, per cui "il sistema normativo riconosce (...) all'ente Consiglio, una potestà impositiva rispetto ad una prestazione che l'iscritto deve assolvere obbligatoriamente, non avendo alcuna possibilità di scegliere se versare o meno la tassa (annuale e/o di iscrizione nell'albo), al pagamento della quale è condizionata la propria appartenenza all'ordine. Siffatta 'tassa' si configura come una 'quota associativa' rispetto ad un ente ad appartenenza necessaria, in quanto l'iscrizione all'albo è conditio sine qua non per il legittimo esercizio della professione" con conseguente individuazione del requisito del collegamento della prestazione imposta alla spesa pubblica riferita a un presupposto economicamente rilevante nella spesa pubblica "relativa alla provvista dei mezzi finanziari necessari all'ente delegato dall'ordinamento al controllo dell'albo specifico nell'esercizio della funzione pubblica di tutela dei cittadini potenziali fruitori delle prestazioni professionali degli iscritti circa la legittimazione di quest'ultimi alle predette prestazioni") e, per l'appunto, di quello dei sovracanoni, su cui dettagliatamente infra. Sulla base della citata giurisprudenza in materia di diritti camerali, alcuni autori (P. PURI, Contributo all'albo come tributo: verso una nozione generica di prestazione imposta?, in Corr. trib., 2011, 2041) hanno sostenuto nuova prospettiva di riconoscimento della natura tributaria in genere per tutti i sistemi di solidarietà circoscritta, ancorché previdenziali e strutturalmente mutualistici, che è però di recente stata sconfessata dalla C Cass., SS.UU., n. 26149/2017, che ha affermato che "in tali controversie, del resto, manca completamente un atto qualificato, che rientri nelle tipologie di cui al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19, o che sia ad esse assimilabili (Cass., SS.UU., 5.6.2017, n. 13913), ovverosia un atto che possa ricondursi alla autorità fiscale e all'amministrazione finanziaria, nonché, più in generale, all'esercizio del potere impositivo sussumibile in quello schema potestà-soggezione che è proprio del rapporto tributario".

⁷ La nozione di prestazione patrimoniale imposta non è rinvenibile in alcun testo legislativo (oltre ovviamente all'art. 23 Cost., per cui "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge") e risulta, come peraltro quella di tributo, pertanto priva di una sicura definizione. La sua delimitazione è stata operata in sede giurisprudenziale, dove si è affermato essere tale ogni prestazione "stabilita come obbligatoria a carico di una persona senza che la volontà di questo vi abbia concorso" (C. Cost., 26.1.1957, n. 4; C. Cost., 26.1.1957, n. 30; C. Cost., 18.3.1957, n. 47; C. Cost., 8.7.1957, n. 122; C. Cost. 27.6.1959, n. 36; C. Cost. 16.12.1960, n. 70; C. Cost. 3.5.1963, n. 55). Ai fini della individuazione delle prestazioni patrimoniali imposte risultano irrilevanti sia la denominazione operata dalla legge della prestazione stessa (diritto di contratto, contributo, canone, tariffa o, per l'appunto, sovracanone) sia l'eventuale manifestazione di volontà del destinatario di quella imposizione di richiedere il bene o servizio in mancanza di un vero rapporto sinallagmatico (cfr. C. Cost., 30.1.1962,

AMBIENTEDIRITTO	

533/02 cit. che supera le iniziali incertezze di Corte cost. n. 122/57).

Inoltre, data la natura tributaria del sovracanone, la relativa disciplina rientra nelle materie di "armonizzazione dei bilanci pubblici" e "coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario", oggetto di potestà legislativa concorrente ex art. 117, terzo comma, Cost. (Corte cost. n. 533/2002), dovendosi escludere rilevanza al c.d. federalismo fiscale (art. 119 Cost.), laddove le finalità e le entrate dei Consorzi BIM sono loro attribuite direttamente dalla legge in ragione della loro esclusiva attività secondo il principio fondamentale contenuto della legislazione statale di cui alla legge n. 959/1953.

Secondo una recente pronuncia della Corte di Cassazione⁸ la natura tributaria del sovracanone risulta evidente dagli elementi che la caratterizzano: doverosità della prestazione, mancanza di un rapporto sinallagmatico tra le parti, collegamento della prestazione alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto di rilevanza economica.

Inoltre l'obbligazione discende direttamente dalla legge ed è determinabile con riguardo all'ammontare unitario fissato dalla legge stessa ed alla potenza media annua concessa, sulla base di un mero calcolo aritmetico.

Proprio in ragione di tale natura giuridica – quella cioè di prestazione patrimoniale, imposta dalla legge, priva di natura indennitaria o di corrispettivo – le Sezioni Unite hanno enunciato il principio di diritto secondo cui "in tema di sovracanone per la concessione di una piccola derivazione di acqua per produzione di energia elettrica, poiché tale sovracanone, pur basandosi sul solo presupposto fattuale della titolarità della concessione di derivazione, e non già sull'uso effettivo della stessa, ed essendo quindi dovuto indipendentemente dall'entrata in funzione degli impianti, postula tuttavia un nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica, esso non è dovuto o è dovuto in misura ridotta qualora la derivazione risulti totalmente o parzialmente inutilizzabile per calamità naturali o comunque per cause non imputabili al concessionario" (sent. n. 25341/2009).

Secondo le pronunce rese nel 2009, quindi, la questione deve essere risolta non tanto utilizzando il criterio della data di decorrenza del funzionamento dell'impianto, quanto verificando in concreto (cfr. sentenze n. 16602/2005 e n. 11989/2009) la permanenza del "nesso oggettivo, oltre che logico, tra l'utilizzazione effettiva della risorsa idrica, o la possibilità di essa pur ove non sfruttata dal concessionario o aspirante tale, e la corresponsione del sovracanone". Conseguentemente se ne è desunto, all'inverso, che "l'interruzione di tale nesso ed il consequenziale venir meno della ragione giustificatrice della prestazione ove l'utilizzazione della risorsa, originaria o sopravvenuta che sia, risulti impossibile per cause non imputabili al soggetto tenuto alla prestazione stessa".

Può essere citato, a tale proposito, uno dei precedenti più significativi (sentenza Cass. SS.UU. 16602/2005) che si è formato con riferimento ad una fattispecie nella quale l'evento straordinario era rappresentata dall'alluvione in Valtellina del 1987, che aveva

n. 2, concernente la tassa per l'occupazione del suolo pubblico). Parimenti, la prestazione imposta, ferma la sua natura patrimoniale, può variamente assumere la forma di pagamento di un pagamento o di una dazione o di sacrificio (ad esempio, perdita di una quota-parte di un utile spettante; cfr. C. Cost, 16.12.1960, n. 70), che può avere ad oggetto denaro, beni o la perdita/limitazione di altre facoltà. Si può quindi affermare che tutti i tributi costituiscono una prestazione patrimoniale imposta (art. 23), partecipando delle caratteristiche della coattività (essendo istituiti con legge o atto dell'autorità, della indipendenza dal consenso di colui che vi soggiace) e della incidenza sulle condizioni patrimoniali del soggetto passivo, mentre, per contro, non tutte le prestazioni patrimoniali imposte hanno natura tributaria.

⁸ Corte di Cassazione, SS.UU., n.16157/18, che afferma come la disciplina del sovracanone non rientri nella materia di utilizzazione dell'acqua, ma in quella della finanza locale. Purtuttavia dalla natura tributaria e non corrispettiva dei sovracanoni, non discende la giurisdizione tributaria, ma quella del Giudice delle acque, stante la disciplina speciale di cui all'art. 140, lett. c) del r.d. 1775/33 (cfr., Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, sent. n.115/17).

interrotto in modo drastico ed improvviso l'attività di derivazione d'acqua, rendendola inutilizzabile a tutti gli effetti. Le eventuali circostanze che potrebbero, se adeguatamente provate, esimere dal pagamento dei sovracanoni possono essere solo quelle che intervengono ad interrompere, in modo non prevedibile, e perciò incolpevole, l'esercizio della derivazione⁹. Tale interpretazione risulta l'unica compatibile sia con la *ratio* dell'istituto dei sovracanoni (ossia prestazione patrimoniale imposta, priva di natura indennitaria o di corrispettivo) sia con i principi enunciati dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite.

Per evidenti ragioni di certezza del diritto, in una prospettiva anche di incentivo economico per il concessionario (il quale è così stimolato ad attivarsi il prima possibile), il legislatore ha individuato un termine fisso nel momento preciso di rilascio della concessione, ovvero quell'atto che quantifica con sicurezza la potenza nominale media annua complessiva in base alla quale calcolare il sovracanone da corrispondere¹⁰.

Considerato che l'esistenza attuale della concessione di derivazione – esistenza che, si rimarca, prescinde dall'uso - diviene tale soltanto in ragione dell'adozione del provvedimento concessorio, ovvero quell'atto che conclude il procedimento concessorio, deve concludersi che è da quel momento che sorge l'obbligo di corresponsione dei sovracanoni. In altre parole, una volta che sia intervenuto il provvedimento di concessione di derivazione d'acqua, i sovracanoni di cui all'art. 52 del T.U. n. 1775/33 risultano dovuti da quella data, indipendentemente dall'entrata in funzione degli impianti, mentre essi non risulteranno dovuti solo nell'ipotesi in cui la d'acqua risulti inutilizzabile. Tale circostanza esimente l'inutilizzabilità delle derivazione d'acqua già concessa) può rinvenirsi non solo nell'ipotesi di calamità naturale (cfr. Corte di Cassazione, sent. n. 16602/2005), ma anche allorquando l'inutilizzabilità totale o parziale della risorsa sia dipesa da cause non imputabili al concessionario.

Viceversa, allorquando l'inutilizzabilità sia imputabile a scelte imprenditoriali o a eventuale inefficienza operativa o a condotte omissive del concessionario, essa diventa irrilevante e non spezza il nesso oggettivo tra utilizzazione effettiva della risorsa idrica e possibilità di utilizzazione della medesima, pur ove non sfruttata dal concessionario per comportamento a lui imputabile. Il ricorrente, nel caso all'esame, ha inteso annoverare tra le cause non imputabili al Concessionario per il mancato uso della risorsa idrica anche i tempi necessari per la conclusione del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica.

La sentenza n. 19891/19 resa dalle Sezioni Unite della Cassazione ha definitivamente sancito che la ricostruzione del nesso causa-effetto di cui alla Sentenza n. 25341/2009 deve essere confermata e non risulta in alcun modo smentita dalla disposizione di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 di attuazione della Direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, intitolata "razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative", e ha ribadito l'autonomia funzionale tra concessione di derivazione d'acqua e autorizzazione unica. Come noto, il procedimento volto ad ottenere

⁹ Confronta sul punto, Corte Costituzionale, sent. n. 533/2002, v. nota 10.

¹⁰ In tal senso si è espressa anche la Corte costituzionale, che – con la citata sentenza n. 533/2002 – ha osservato come il sovracanone richiesto ad un concessionario di utenza idrica configuri una prestazione patrimoniale, correlata solo all'esistenza attuale e non all'uso effettivo della concessione di derivazione, la quale costituisce il presupposto materiale di un'imposizione finalizzata ad integrare le risorse degli enti territoriali interessati, nel quadro di un'esigenza di sostegno dell'autonomia locale.

AMBIENTEDIRITTO

l'autorizzazione unica di cui all'art. 12 d.lgs. n. 387/2003 costituisce un procedimento ordinario, introdotto dal legislatore allo scopo di pervenire nel modo più rapido e coordinato all'assenso per l'attivazione di impianti elettrici alimentati da fonti rinnovabili, stante la natura strategica degli stessi. Qualunque titolare di concessione d'acqua pubblica ai fini di sfruttamento idroelettrico è conscio e consapevole che, per poter realizzare l'impianto, dovrà formulare richiesta di autorizzazione unica ambientale, il cui procedimento, in ragione della sua esaustività, risulta articolato e complesso. D'altronde il procedimento volto ad ottenere la concessione e quello finalizzato ad acquisire l'autorizzazione unica ad esercire l'impianto sono ontologicamente e giuridicamente autonomi, privi l'un con l'altro di qualsivoglia connessione funzionale.

La distinzione tra i due procedimenti è stata espressamente rimarcata dalla sentenza in commento, ed anche in sede di merito dal Tribunale Superiore dell'Acque Pubbliche, che ha chiarito come il procedimento volto ad ottenere la concessione di derivazione d'acqua costituisce necessariamente un *prius* rispetto all'autorizzazione unica di cui all'art. 12 d.lgs. 387/03 (cfr. TSAP, sentenza n. 56/12). La prima, infatti, "è emanata su beni pubblici o, meglio, disciplina l'ordinata apprensione privata d'una o più utilitas giuridiche ritraibili dai beni stessi e non facilmente riproducibili", conferendo ai privati utilità patrimoniali collettive cui altrimenti non potrebbero accedere, mentre la seconda attiene ad unico "contenitore procedimentale" destinato a consentire, se positivamente concluso, al privato di svolgere un'attività di impresa, che è astrattamente nelle sue facoltà, ma il cui accesso è verificato dalle autorità.

Il procedimento volto ad ottenere l'autorizzazione unica serve essenzialmente a semplificare ed unificare tutte le procedure imposte dall'ordinamento per realizzare l'impianto, imponendone la contestuale valutazione in un unico ambito logico-giudico; esso quindi risulta del tutto autonomo ed ininfluente rispetto alla concessione, provvedimento che, ab origine, consente al titolare di sfruttare un bene (l'acqua) appartenente alla collettività e costituisce titolo che prescinde dalla realizzazione dell'impianto che sfrutterà tale risorsa. Del resto, anche prima dell'introduzione nell'ordinamento dell'autorizzazione unica ambientale, l'esercizio dell'attività di derivazione d'acqua era comunque condizionato dall'emanazione di altri atti amministrativi, quali ad esempio i titoli edilizi e paesaggistici, laddove necessari ai fini della costruzione dell'impianto. Ciò chiarito anche dal Giudice di legittimità, si deve conseguentemente ritenere che la durata del procedimento volto all'ottenimento dell'autorizzazione unica, autonomo e non necessario rispetto alla concessione di derivazione d'acqua, non può in alcun modo condizionare gli obblighi assunti nel disciplinare che accede alla concessione, tra cui appunto il pagamento delle somme a titolo di sovracanoni a far tempo dal rilascio della concessione.

L'obbligo di corresponsione dei sovracanoni sorge quindi in corrispondenza con l'adozione del provvedimento concessorio, a prescindere dalla effettiva utilizzazione della risorsa da parte del concessionario, e quindi della concreta messa in funzione dell'impianto di produzione di energia idroelettrica.

AMBIENTEDIRITTO	
 AMDIENTEDIKITTO	

CORTE DI CASSAZIONE Sez. UNITE CIVILE, 23/07/2019, Sentenza n.19891

Giurisprudenza: Giurisprudenza Sentenze per esteso massime | **Categoria:** <u>Acqua - Inquinamento idrico</u> **Numero:** 19891 | **Data di udienza:** 2 Luglio 2020

ACQUA – INQUINAMENTO IDRICO – Sovracanone dovuto ai consorzi dei bacini imbriferi – Natura di prestazione pecuniaria imposta dalla legge – Funzione degli impianti – Nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica.

Provvedimento: SENTENZA **Sezione:** Sezione Unite

Data di pubblicazione: 23 Luglio 2019

Numero: 19891

Data di udienza: 2 Luglio 2020

Presidente: MAMMONE Estensore: SAMBITO

Premassima

ACQUA – INQUINAMENTO IDRICO – Sovracanone dovuto ai consorzi dei bacini imbriferi – Natura di prestazione pecuniaria imposta dalla legge – Funzione degli impianti – Nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica.

Massima

CORTE DI CASSAZIONE Sez. UNITE CIVILE, 23/07/2019 (Ud. 02/07/2019), Sentenza n.19891

ACQUA – INQUINAMENTO IDRICO – Sovracanone dovuto ai consorzi dei bacini imbriferi – Natura di prestazione pecuniaria imposta dalla legge – Funzione degli impianti – Nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica.

Il sovracanone dovuto ai consorzi dei bacini imbriferi ai sensi della L n. 959 del 1953, art. 1, co 8, non costituisce una controprestazione nascente dal rapporto concessorio, ma una prestazione pecuniaria imposta dalla legge, con finalità d'integrazione delle risorse degli enti territoriali interessati; esso, pur basandosi sul solo presupposto fattuale del:a titolarità della concessione di derivazione, e non già sull'uso effettivo della stessa, ed essendo, quindi, dovuto indipendentemente dall'entrata in funzione degli impianti, postula, però, un nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica, e non è, pertanto, dovuto o è dovuto in misura ridotta qualora la derivazione risulti totalmente o parzialmente inutilizzabile per calamità naturali o, comunque, per cause non imputabili al concessionario. In altri termini, affermata la connessione dell'obbligo di corresponsione del sovracanone al fatto obiettivo della titolarità della concessione, e non alla messa in funzione dell'impianto di derivazione e si è, al contempo, ritenuto che la mancata effettiva fruizione della derivazione d'acqua da parte del concessionario in tanto può aver rilevanza ai fini dell'esigibilità di detto pagamento, in quanto l'impossibilità di funzionamento dell'impianto sia ascrivibile a forza maggiore o dipenda da eventi a lui non imputabili. Tale conclusione si incentra sull'innegabile "nesso oggettivo, oltre che logico, tra l'utilizzazione effettiva della risorsa idrica, o la possibilità di essa pur ove non sfruttata dal concessionario o aspirante tale, e la corresponsione del sovracanone"; sicché, a contrario, tale nesso si interrompe, e viene meno in conseguenza la ragione giustificatrice della prestazione, ove l'utilizzazione della risorsa, originaria o sopravvenuta che sia, risulti împossibile per cause non imputabili al soggetto tenuto alla prestazione stessa.

AMBIENTEDIRITTO	
 AMDIENTEDIKITTO	

(rigetta il ricorso avverso sentenza n. 218/2017 del TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, dep. 15/11/2017) Pres. MAMMONE, Rel. SAMBITO, Ric. IDROELETTRICA ARVIER S.R.L. contro CONSORZIO DEI COMUNI DELLA VALLE D'AOSTA

Testo Completo

CORTE DI CASSAZIONE Sez. UNITE CIVILE, 23/07/2019 (Ud. 202/07/201), Sentenza n.19891

SENTENZA

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE PRIMA CIVILE

composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati: omissis

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 4172-2018 proposto da: IDROELETTRICA ARVIER S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA E.Q. VISCONTI 99, presso lo studio dell'avvocato GIOVANNI BATTISTA CONTE, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ALESSANDRO QUAGLIOLO;

- ricorrente -

contro

CONSORZIO DEI COMUNI DELLA VALLE D'AOSTA RICADENTI NEL BACINO IMBRIFERO MONTANO DELLA DORA BALTEA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato GIANNI MARIA SARACCO;

controricorrente –

avverso la sentenza n. 218/2017 del TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, depositata il 15/11/2017.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 02/07/2019 dal Consigliere MARIA GIOVANNA SAMBI70;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale IMMACOLATA ZENO, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso, p.q.r., con riferimento al solo terzo motivo;

rigetto del primo e secondo;

uditi gli Avvocati Giovanni Battista Conte e Giorgio Papetti per delega dell'avvocato Gianni Maria Saracco.

FATTI DI CAUSA

AMBIENTEDIRITTO

FATTI DI CAUSA

Il Tribunale Regionale delle Acque Pubbliche presso la Corte di appello di Torino rigettava l'opposizione proposta dalla Idroelettrica Arvier S.r.l., titolare di una subconcessione di derivazione d'acqua dal torrente Dora di Valgrisenche, avverso il decreto con cui, su istanza del Consorzio dei Comuni della Valle d'Aosta, ricadenti nel Bacino Imbrifero Montano della Dora Baltea (BIM), le era stato ingiunto il pagamento della somma di € 279.677,35, a titolo di sovracanoni.

Con sentenza del 15.11.2017, il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche confermava la decisione, osservando che i sovracanoni avevano natura di prestazione patrimoniale imposta a natura tributaria, che trovavano il loro presupposto nella titolarità della concessione e non nell'uso effettivo della derivazione: essi non costituivano il corrispettivo per il prelievo di acqua, ma erano dovuti in costanza della possibilità di utilizzazione degli impianti salvo il caso in cui la derivazione fosse, in tutto o in parte, inutilizzabile per calamità naturale o comunque per causa non imputabile al concessionario.

Tale natura non poteva, in concreto, riconoscersi nel rilascio della sub-concessione in favore di tale Società CAV, perchè la stessa era a carattere precario e temporaneo, laddove l'attivazione del nuovo impianto da parte dell'appellante era tardata per il procedimento di autorizzazione, in relazione al quale non constavano né lungaggini dell'Amministrazione, né istanze presentate dalla Società in epoca anteriore al luglio del 2012, ancorché essa avesse ottenuto, ben due anni prima, il rilascio della sub-concessione.

Per la cassazione della sentenza, ha proposto r. corso la Società Idroelettrica Arvier S.r.l. con tre motivi, resistiti con controricorso dal Consorzio BIM.

RAGIONI DELLA DECISIONE

- 1. Con il primo motivo, si deduce la violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003.
- Il Tribunale Superiore, lamenta la ricorrente, ha affermato che i sovracanoni BIM si fondano sulla concessione di derivazione idrica, omettendo erroneamente di considerare che l'impianto normativo che disciplina l'obbligo di pagamento dei sovracanoni stessi è stato rivisitato dal legislatore, che, in attuazione della direttiva 2001/77/CE, ha individuato la fonte del diritto di utilizzare il bene demaniale a scopo di produzione di energia elettrica nell'autorizzazione unica, sicchè il rilascio della subconcessione costituisce, solo, uno dei provvedimenti propedeutici ad essa.
- Correlativamente, il presupposto del debito del sovracanone va individuato nel rilascio della predetta autorizzazione unica.
- 2. Con il secondo motivo, deducendo la violazione dell'art. 1 della L. n. 959 del 1953, come interpretato dagli artt. 1 e 2 della L. n. 1254 del 1959 e 4 della L. n. 925 del 1980, la ricorrente evidenzia che l'attribuzione della derivazione dal medesimo corso d'acqua a terzi (la CAV), con la sub-concessione precaria rilasciata dall'autorità, ha reso impossibile l'attuazione della derivazione in suo favore, con conseguente esclusione dell'obbligo, da parte sua, d, corresponsione del sovracanone.
- 3. Con il terzo motivo, si denuncia: "Violazione del principio che nessuna prestazione patrimoniale dovuta per legge può venire imposta a due diversi soggetti in base al medesimo presupposto. Violazione dell'art. 111, sesto comma, della Costituzione e dell'art. 132 c.p.c. Motivazione apparente".

AMBIENTEDIRITTO

4. Il primo motivo è infondato. Queste Sezioni Unite (cfr. S.U. Sent. n. 25341 del 2009; n. 11989 del 2009; n. 16602 del 2005), in consonanza coi principi affermati dalla Corte Cost. con la sentenza n. 533 del 2002, hanno, già, affermato che il sovracanone dovuto ai consorzi dei bacini imbriferi ai sensi della L n. 959 del 1953, art. 1, co 8, non costituisce una controprestazione nascente dal rapporto concessorio, ma una prestazione pecuniaria imposta dalla legge, con finalità d'integrazione delle risorse degli enti territoriali interessati; esso, pur basandosi sul solo presupposto fattuale del:a titolarità della concessione di derivazione, e non già sull'uso effettivo della stessa, ed essendo, quindi, dovuto indipendentemente dall'entrata in funzione degli impianti, postula, però, un nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica, e non è, pertanto, dovuto o è dovuto in misura ridotta qualora la derivazione risulti totalmente o parzialmente inutilizzabile per calamità naturali o, comunque, per cause non imputabili al concessionario.

Nelle menzionate sentenze, si è, in altri termini, affermata la connessione dell'obbligo di corresponsione del sovracanone al fatto obiettivo della titolarità della concessione, e non alla messa in funzione dell'impianto di derivazione e si è, al contempo, ritenuto che la mancata effettiva fruizione della derivazione d'acqua da parte del concessionario in tanto può aver rilevanza ai fini dell'esigibilità di detto pagamento, in quanto l'impossibilità di funzionamento dell'impianto sia ascrivibile a forza maggiore o dipenda da eventi a lui non imputabili.

Tale conclusione si incentra sull'innegabile "nesso oggettivo, oltre che logico, tra l'utilizzazione effettiva della risorsa idrica, o la possibilità di essa pur ove non sfruttata dal concessionario o aspirante tale, e la corresponsione del sovracanone"; sicchè, a contrario, tale nesso si interrompe, e viene meno in conseguenza la ragione giustificatrice della prestazione, ove l'utilizzazione della risorsa, originaria o sopravvenuta che sia, risulti impossibile per cause non imputabili al soggetto tenuto alla prestazione stessa.

- 5. Siffatta ricostruzione va qui condivisa. Essa non trova smentita nell'invocata disposizione di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, di attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità: tale norma, intitolata "razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative", non si occupa, infatti, né di modificare la L. n. 959 del 1953, art. 1 co 8, né di indicare nell'autorizzazione unica il presupposto dell'obbligo di pagamento dei sovracanoni qui in oggetto, ma, proprio come indica il suo titolo, si limita ad assoggettare ad un unico procedimento, partecipato da tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione secondo le modalità stabilite dalla L 7 agosto 1990, n. 241, e destinato a culminare in un unico titolo l'autorizzazione unica, appunto- le attività di costruzione, o gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, oltre che le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi.
- 6. Peraltro, come si è accennato in narrativa, il TSAP ha accertato che l'odierna ricorrente non ha allegato di aver richiesto il rilascio dell'autorizzazione unica in epoca antecedente al 5 luglio 2012, a fronte della sub-concessione ottenuta due anni prima, né ha dedotto l'esistenza di ingiustificati ritardi da parte dell'Amministrazione nella gestione delle pratiche, e così ha ascritto, in concreto, a fatto della stessa Società, i tempi

AMBIENTEDIRITTO	

del rilascio della autorizzazione stessa, e, dunque, la mancata utilizzazione della derivazione.

7. Il secondo motivo è, invece, inammissibile.

La sentenza impugnata ha escluso che la sub-concessione in favore della Società CAV costituisse fatto imprevedibile ed ostativo allo sfruttamento idrico, trattandosi di una sub-concessione precaria, di cui era prevista l'immediata cessazione all'attivazione del costruendo impianto dell'odierna ricorrente.

Ora, l'assunto della Società secondo cui il rilascio di tale diversa sub-concessione avrebbe costituito un "ostacolo insormontabile" all'attuazione della derivazione in suo favore, addebitabile all'Amministrazione, non solo presuppone un apprezzamento di tale situazione in termini di factum principis, il che attinge al merito, ma muove da una ricostruzione del rapporto tra i due titoli di utilizzazione dell'acqua esattamente rovesciata rispetto a quella accertata in sede di merito.

- 9. Anche il terzo motivo è inammissibile.
- 10. E', anzitutto, vero che il TSAP non ha esplicitamente affrontato la questione dedotta nell'ambito del quinto motivo d'appello, pur enunciata in narrativa, con cui la Società si era doluta del conseguimento da parte del BIM di una doppia prestazione patrimoniale per il medesimo titolo da parte di diversi soggetti, ed il suo conseguente ingiustificato arricchimento.
- 11. Tale omissione non può tuttavia esser denunciata, come è stato fatto, mediante la deduzione della violazione di legge, in quanto tale doglianza presuppone che il giudice abbia esaminato la questione e la abbia risolta in modo giuridicamente non corretto, né può esser utilmente dedotta come motivazione apparente, trattandosi, piuttosto, dell'omessa valutazione di un sub-motivo d'appello, omissione che, integrando un difetto di attività del giudice, dà luogo, in tesi, alla violazione dell'art. 112 c.p.c.
- 12. Tale vizio, anche a volerlo ritenere proposto quale contenuto effettivo della censura, non è, però, deducibile come motivo di ricorso innanzi a queste Sezioni Unite (cfr. da ultimo SU n. 488 del 2019 e giurisprudenza richiamata), in quanto l'art. 204 del r.d. n. 1775 del 1933, recante un rinvio recettizio al codice di procedura civile del 1865, in caso di omissione di pronuncia da parte del TSAP prevede lo specifico rimedio del ricorso per rettificazione allo stesso TSAP, contemplato da detta norma per i casi previsti dall'art. 517 cod. proc. civ. 1865, n. 4 (se la sentenza «abbia pronunciato su cosa non domandata»), n. 5 («se abbia aggiudicato più di quello che era domandato»), n. 6 («se abbia omesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda») e n. 7 («se contenga disposizioni contraddittorie»). 12. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese, che si liquidano in € 3.700,00, di cui € 200,00 per spese vive, oltre accessori.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 30 n. 115 del 2002, dà atto dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1-bis dello stesso articolo 13.

Così deciso in Roma, il 2 luglio 2019.

AMBIENTEDIRITTO

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

A cura di Chiara Ingenito e Agatino Lanzafame

Corte costituzionale, sentenza 20 aprile 2020 n. 88

Resa nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 2, comma 7, 5 e 8 della legge della Regione Basilicata 13 marzo 2019, n. 4 (Ulteriori disposizioni urgenti in vari settori d'intervento della Regione Basilicata), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 13-20 maggio 2019, depositato in cancelleria il successivo 21 maggio 2019, iscritto al n. 60 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 26, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Massima

È dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 7, della legge della Regione Basilicata 13 marzo 2019, n. 4 (Ulteriori disposizioni urgenti in vari settori d'intervento della Regione Basilicata), per contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la disciplina dell'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali». Infatti, la norma in questione, nel modificare il comma 2 dell'art. 28 della legge reg. Basilicata n. 2 del 1995, prevedeva che - laddove si dimostrino inefficaci gli interventi di controllo selettivo della fauna selvatica mediante l'utilizzo di metodi ecologici - la Polizia provinciale può avvalersi, per l'attuazione dei piani di abbattimento, del personale dell'Arma dei Carabinieri forestali, ma, con la disposizione impugnata, la Regione Basilicata si è attribuita il potere di assegnare unilateralmente ad un corpo di polizia dello Stato compiti ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla legge statale, per il perseguimento di obiettivi individuati dalla stessa Regione.

(Massima di redazione, C.I.)

Corte costituzionale, sentenza 8 aprile 2020 n. 106

Resa nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 9, 10, 12, 13, commi 1 e 3, e 27 della legge della Regione Basilicata 13 marzo 2019, n. 4 (Ulteriori disposizioni urgenti in vari settori d'intervento della Regione Basilicata), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorso notificato il 13-20 maggio 2019, depositato in

AMBIENTEDIRITTO	

cancelleria il 21 maggio 2019, iscritto al n. 60 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 26, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Massima

È dichiarata l'illegittimità costituzionale degli articoli 9 e 10 della legge della Regione Basilicata 13 marzo 2019, n. 4 (Ulteriori disposizioni urgenti in vari settori d'intervento della Regione Basilicata), in riferimento agli artt. 3, 41, 97, 117, commi primo, secondo, lettera s), e terzo della Costituzione, laddove, modificando la disciplina regionale previgente, pongono condizioni relative alla distanza degli aerogeneratori dalle abitazioni e dalle strade. Tali disposizioni, nello stabilire in via generale e senza istruttoria e valutazione in concreto, distanze minime non previste dalla legislazione statale, violerebbero i principi fondamentali stabiliti dal legislatore statale in materia di distribuzione e trasporto dell'energia» e non permetterebbero un'adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti. Ciò in quanto la Corte ha affermato che la disciplina del regime abilitativo degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili è riconducibile alla materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (art. 117, terzo comma, Cost.). I relativi principi fondamentali sono anche dettati dall'art. 12, in particolare al comma 10, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità) e dalle «Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili», adottate in attuazione di quest'ultimo, con il d.m. 10 settembre 2010 (sentenze n. 286 e n. 86 del 2019). Tali Linee guida, adottate in sede di Conferenza unificata e quindi espressione della leale collaborazione fra Stato e Regione, sono vincolanti. Anche con riferimento alla Regione Basilicata esse «costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria», poiché indicano puntuali modalità attuative della legge statale, esse hanno natura inderogabile e devono essere applicate in modo uniforme in tutto il territorio nazionale. In questo quadro di riferimento le Regioni (e le Province autonome) possono soltanto individuare, caso per caso, aree e siti non idonei alla localizzazione degli impianti, purché nel rispetto di specifici principi e criteri stabiliti dal paragrafo 17.1 dell'Allegato 3 alle medesime Linee guida. In particolare, il giudizio sulla non idoneità dell'area deve essere espresso dalle Regioni all'esito di un'istruttoria, volta a prendere in considerazione tutti gli interessi coinvolti la cui protezione risulti incompatibile con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti. Una tale valutazione può e deve utilmente avvenire nel procedimento amministrativo, la cui struttura «rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241». Ne consegue che le Regioni non possono prescrivere «limiti generali inderogabili, valevoli sull'intero territorio regionale, specie nella forma di distanze minime, perché ciò contrasterebbe con il principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, stabilito dal legislatore statale in conformità alla normativa dell'Unione europea».

(Massima di redazione, C.I.)

AMBIENTEDIRITTO	

Corte costituzionale, sentenza 20 maggio 2020 n. 134

Resa nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 7, 8, 10, 22, 23 e 31 della legge della Regione Liguria 19 aprile 2019, n. 3, recante «Modifiche alla legge regionale 22 febbraio 1995, n. 12 (Riordino delle aree protette) e alla legge regionale 10 luglio 2009, n. 28 (Disposizioni in materia di tutela e valorizzazione della biodiversità), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorso notificato il 25 giugno-1°luglio 2019, depositato in cancelleria il 2 luglio 2019, iscritto al n. 76 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 35, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Massima

È dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge della Regione Liguria 19 aprile 2019, n. 3, recante «Modifiche alla legge regionale 22 febbraio 1995, n. 12 (Riordino delle aree protette) e alla legge regionale 10 luglio 2009, n. 28 (Disposizioni in materia di tutela e valorizzazione della biodiversità)», nella parte in cui sostituisce l'art. 11, commi 1, 2 e 3, quest'ultimo limitatamente alle parole «secondo i criteri previsti dai commi 1 e 2», della legge della Regione Liguria 22 febbraio 1995, n. 12 (Riordino delle aree protette), ciò in quanto l'art. 24 della citata legge quadro conferisce competenza organizzativa alla fonte statutaria, perché essa permette di adeguare l'organizzazione del parco alle "peculiarità" del territorio. Una disciplina uniforme, come quella contenuta nella norma impugnata, non è perciò idonea ad adattarsi alla specificità dell'area del parco, ponendo così a repentaglio lo standard minimo di tutela dell'ambiente prescritto dal legislatore statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost.

È altresì dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge della Regione Liguria n. 3 del 2019, (che sostituisce l'art. 14, comma 1, della legge della Regione Liguria n. 12 del 1995), nella parte in cui sopprime le aree naturali protette non espressamente menzionate, tenuto conto che l'art. 22 della legge quadro è applicabile, non solo alle aree naturali protette regionali in senso stretto, ma anche a quelle di interesse provinciale e locale, perché queste ultime rientrano nel «sistema regionale delle aree protette», ai sensi dell'art. 4, comma 5, della legge reg. Liguria n. 12 del 1995, che corrisponde alla competenza regionale di istituire parchi di interesse regionale o locale, riconosciuta dall'art. 2, comma 8, della legge quadro. Quando, perciò, essa disciplina le aree naturali protette regionali, come accade con l'art. 22, si riferisce al loro insieme, che è competenza delle Regioni istituire e classificare, e dunque, anche alle aree di interesse locale. L'indicato art. 22, come si è visto, vincola però la Regione a coinvolgere gli enti locali interessati nel procedimento istitutivo del parco. Nel caso di specie, la legge regionale impugnata si è limitata ad assumere il parere del Consiglio delle autonomie locali in seno al procedimento legislativo, sulla base dell'art. 66 della legge statutaria della Regione Liguria 3 maggio 2005, n. 1 (Statuto della Regione Liguria). Esso non può però ritenersi equipollente alla diretta partecipazione dei soli enti locali interessati, il cui punto di vista ben potrebbe non coincidere con quello del Consiglio delle autonomie, tenuto conto che la partecipazione di tali enti locali è necessaria e non è surrogabile con forme alternative di coinvolgimento e, nell'attuale

AMBIENTEDIRITTO	

riparto delle competenze legislative, esprime uno standard minimo inderogabile di tutela dell'ambiente, perché garantisce che sia acquisita al procedimento di istituzione e di soppressione di detti parchi la voce di chi rappresenta lo specifico territorio, i cui interessi sono in tal modo posti in rilievo. Il mancato coinvolgimento degli enti locali, attraverso la formazione del documento indicato dall'art. 22 della legge quadro, costituisce un vizio della fase procedimentale, che si trasferisce alla legge provvedimento con cui essa è stata conclusa. La disposizione impugnata è perciò costituzionalmente illegittima, nella parte in cui dispone la soppressione delle aree protette già istituite e non indicate tra quelle "confermate" nell'art. 14 della legge reg. Liguria n. 12 del 1995.

(Massima di redazione, C.I.)

Corte costituzionale, sentenza 10 luglio 2020 n. 144

Resa nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 24, 25 e 33 della legge della Regione Siciliana 22 febbraio 2019, n. 1 (Disposizioni programmatiche e correttive per l'anno 2019. Legge di stabilità regionale), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 24 aprile-3 maggio 2019, depositato in cancelleria il 3 maggio 2019, iscritto al numero 54 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica numero 25, prima serie speciale, dell'anno 2019

Massima

È illegittimo l'art. 33 della legge della Regione Siciliana 22 febbraio 2019, n. 1 - per violazione degli artt. 3 e 117, comma 2, lett. s), Cost. - laddove pretende di rendere applicabile l'art. 22, legge n. 394 del 1991 nelle aree del territorio regionale diverse da quelle protette. Tale disposizione, infatti, detta prescrizioni che valgono solamente per l'attuazione dei piani di controllo nelle aree protette regionali, e la sua estensione - stante la competenza esclusiva statale nella materia della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema alla quale va ascritta la disciplina impugnata - «non compete certamente alla Regione» (sentenza n. 44 del 2019), cui risulta precluso ampliare in tal modo il novero dei soggetti indicati dall'art. 19, comma 2, della legge n. 157 del 1992 per l'attuazione dei piani di controllo faunistico. Sotto altro profilo, l'estensione della disposizione speciale ad aree diverse da quelle protette comporta un'evidente e irragionevole alterazione della ratio che sorregge la specialità delle norme quadro dettate dal citato art. 22, con conseguente violazione del principio di intrinseca razionalità.

(Massima di redazione, A.L.)

Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 2020 n. 160

Resa nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 25, commi 2-bis, ultimo periodo, e 3, della legge della Regione Marche 5 gennaio 1995, n. 7 (Norme per la protezione della fauna selvatica e per la tutela dell'equilibrio ambientale e disciplina dell'attività venatoria), promosso dal Tribunale amministrativo regionale per le Marche nel

AMBIENTEDIRITTO	

procedimento vertente tra la Lega per l'abolizione della caccia (LAC) Onlus e altro e la Regione Marche e altro, con ordinanza del 17 aprile 2019, iscritta al n. 139 del registro ordinanze 2019 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 38, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Massima

Non è ammissibile la questione di legittimità costituzionale della disposizioni di cui all'art. 25, commi 2-bis, ultimo periodo e 3 l. r. Marche 5 gennaio 1995, n. 7 che consentono alla Regione, da un lato, di autorizzare il prelievo del cinghiale in forma collettiva, con il metodo della braccata e della girata, in tutte le zone e nei periodi preclusi alla caccia, tramite i soggetti che abbiano conseguito l'abilitazione provinciale per esercitare la caccia al cinghiale in forma collettiva, con priorità per i cacciatori residenti e dell'Ambito territoriale di caccia (ATC) e, dall'altro, di avvalersi di operatori muniti della licenza di caccia all'uopo autorizzati e selezionati attraverso appositi corsi di preparazione alla gestione faunistica, per l'attuazione dei piani di controllo della fauna selvatica. Ciò in quanto il giudice rimettente non ha esposto perché l'inclusione dei cacciatori, dotati di specifici requisiti di qualificazione e che operano sotto il coordinamento e il controllo del personale della Provincia, nell'elenco degli attuatori dei piani di controllo del cinghiale incida in senso peggiorativo sulla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Non sono applicabili al caso di specie, infatti, i principi già enunciati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 217 del 2018 e n. 139 del 2017 atteso che le norme regionali oggetto di tali pronunce non riguardavano i cacciatori dotati di specifici requisiti di qualificazione e, soprattutto, non era previsto il loro coordinamento e controllo da parte del personale della Provincia.

(Massima di redazione, A.L.)

Corte costituzionale, sentenza 30 luglio 2020 n. 178

Resa nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 35, commi 1 e 2, e 36 della legge della Regione Liguria 27 dicembre 2018, n. 29 (Disposizioni collegate alla legge di stabilità per l'anno 2019), promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri, con ricorso notificato il 1°-8 marzo 2019, depositato in cancelleria l'8 marzo 2019, iscritto al n. 41 del registro ricorsi 2019 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 22, prima serie speciale, dell'anno 2019.

Massima

Sono illegittimi l'art. 35, commi 1 e 2 della legge Regione Liguria 27 dicembre 2018, n. 29 e l'art. 3, comma 3, della legge della Regione Liguria 27 dicembre 2019, n. 31 nella parte in cui pongono il divieto di immissione nelle acque interne di specie ittiche non autoctone solo con riferimento agli esemplari fecondi ma consentono l'introduzione nei corpi idrici esemplari ittici sterili. Ciò in ragione della consolidata giurisprudenza della Corte secondo cui «la disciplina "dell'introduzione, della reintroduzione e del ripopolamento di specie animali rientra nella esclusiva competenza statale di cui all'art.

AMBIENTEDIRITTO	

117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, trattandosi di regole di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e non solo di discipline d'uso della risorsa ambientalefaunistica". Nell'esercizio di tale sua competenza esclusiva, finalizzata ad una "tutela piena ed adeguata" dell'ambiente, "lo Stato può porre limiti invalicabili di tutela" (sentenza n. 30 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 288 del 2012)» (sentenza n. 98 del 2017). È evidente infatti che l'immissione di materiale ittico sterile, che potrebbe comunque causare danni all'ambiente al di là delle proprie capacità riproduttive, non costituisce un livello di tutela ambientale più elevato di quello prescritto dal legislatore statale che - agli artt. 12, comma 3, d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357 e 6 d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 230 - vieta l'introduzione di specie alloctone e il rilascio in natura di «esemplari di specie esotiche invasive di rilevanza unionale», ovvero di specie che sono spostate al di fuori del loro areale naturale. È altresì illegittimo, l'art. 36 della legge Regione Liguria 27 dicembre 2018, n. 29 - per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. nella parte in cui prevede «l'integrazione di due giornate settimanali per l'esercizio venatorio da appostamento alla fauna selvatica migratoria nel periodo intercorrente fra il 1° ottobre e il 30 novembre». Non è infatti possibile che la Regione utilizzi una legge provvedimento per integrare il calendario venatorio atteso che l'art. 18, comma 4, l. n. 157 del 1992 prescrive l'adozione del calendario venatorio con atto amministrativo e tale previsione costituisce espressione della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (ex multis, sentenze n. 258 del 2019, n. 193 e n. 90 del 2013, e n. 20 del 2012). La modalità tecnica del provvedimento è necessaria, infatti, per la protezione della fauna perché vi è motivo di ritenere che l'attività amministrativa non si esaurisca in un unico atto, dovendo essere riesercitata nel caso di esigenze sopravvenute, che richiedono una celerità di decisione non compatibile con le forme e i tempi del procedimento legislativo (sentenza n. 20 del 2012).

Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it - ISSN 1974 - 9562 - Anno XX - Fascicolo 3/2020

(Massima di redazione, A.L.)

LE BONIFICHE SOSTENIBILI NELLA NUOVA CARTA DI PRINCIPI PRESENTATA DAL MINISTRO ALL'AMBIENTE

Antonio Felice Uricchio

Ordinario Università di Bari

Abstract (it): Il breve saggio analizza i contenuti della Carta delle bonifiche sostenibili, recentemente presentata dal Ministro dell'ambiente e offerta per la sottoscrizione. Il lavoro si sofferma sul la valenza strategica del documento e sui principi affermati che dovranno essere tradotti in ulteriori provvedimenti normativi.

Abstract (en): The paper analyzes the Charter of sustainable remediation, submittet by the minister of environment Costa. The same essay considers the principles to protect and conserve the natural environment for future generations during the activities of remediation interventions. Those principles will be contained in new regulatory texts.

Lo scorso 4 giugno 2020, il ministro dell'Ambiente Sergio Costa e il sottosegretario all'Ambiente Roberto Morassut hanno presentato e sottoscritto la prima Carta sulle bonifiche sostenibili. Il documento che qui si riporta integralmente, appare di fondamentale importanza, sia per la sua valenza strategica, sia perché avvia una nuova fase di affermazione di principi che dovranno essere poi tradotti in ulteriori provvedimenti normativi. Non a caso esso si apre con una solenne affermazione dei principi di sostenibilità ambientale, economica, temporale, sanitaria ed etica, assunti nella declinazione manifestata dalla risoluzione delle Nazioni Unite adottata il 25 settembre 2015 A/RES/70/1, meglio nota come agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile (Sustainable Development Goals – SDGs goals)¹ e poi ripresa a livello europeo con la comunicazione COM(2016) 739, «il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe che è stata alla base di diversi provvedimenti europei² e quindi del Sesto programma di azione per l'ambiente dalla Strategia "Europa 2020" nei quali vengono individuati e definiti il quadro degli interventi degli strumenti di carattere economico e fiscale e sociale³. Tali principi assumono, infatti, una valenza propulsiva della legislazione in materia di bonifica e soprattutto dovranno orientare le azioni concrete poste in essere

¹ L'agenda, entrata in vigore il 1° gennaio 2016, è un programma di interventi protesi alla realizzazione di 17 obiettivi (detti anche *Sustainable Development Goals* - SDGs; o semplicemente *Goal*; oppure Obiettivi di Sviluppo Sostenibile - OSS) e 169 target universalmente applicabili e interconnessi. Sul tema si veda per tutti E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Bari, 2018.

² Il punto sull'attuazione in Italia della vasta gamma di obiettivi economici, sociali, ambientali e istituzionali contenuti nell'Agenda 2030 è fatto dal Rapporto 2016 dell'Alleanza italiana per lo Sviluppo Sostenibile (ASviS), "l'Italia e gli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (disponibile in asvis.it)". Si vedano ancora la COM (2019) 640 del 11.12.2019 che ha introdotto il Green Deal europeo e la COM(2019) 650 del 17.12.2019 sulla Strategia annuale di crescita sostenibile 2020

³ Si veda la COM(2020) 456 del 27.5.2020, Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation.

dalle autorità nazionali e regionali chiamate a operare per la bonifica di siti potenzialmente contaminati e contaminati.

Come annunciato nella relazione di accompagnamento del Ministro, la Carta non costituisce uno strumento regolatorio ma proprio per le finalità che la ispirano è offerta alle comunità locali, alle istituzioni e al mondo scientifico (università ed enti di ricerca a livello internazionale), le quali possono procedere alla sottoscrizione anche offrendo contributo per l'implementazione dei contenuti⁴. In quanto documento aperto, esso intende stimolare anche un ampio confronto di dottrina e politica anche in vista del decreto semplificazione che dovrebbe essere adottato probabilmente entro il mese di agosto oltre che del collegato ambientale che entro questo mese verrà presentato al Consiglio dei ministri. Obiettivo fondamentale è rendere la bonifica sostenibile, avendo riguardo alla biodiversità e alla tutela delle tre matrici aria, acqua e terra. In questa prospettiva, il percorso di risanamento deve essere sorretto dall'interesse della salvaguardia ambientale, della tutela della salute dei cittadini, nella difesa della legalità, del rilancio economico delle comunità e della promozione di un nuovo stile di vita ecosostenibile che scongiuri il reiterarsi dei comportamenti precedenti. Come osservato dal sottosegretario Morassut, in occasione della presentazione della Carta, "recuperare il territorio inquinato significa dargli nuova vita, realizzando servizi, infrastrutture verdi, insediamenti industriali sostenibili di nuova generazione, attività produttive, impianti per la produzione di energia pulita".

Analizzando i contenuti della Carta, occorre segnalare l'approccio particolarmente moderno e soprattutto proteso a coniugare il ripristino dei siti inquinati con la valorizzazione delle risorse naturali (acqua, aria, suolo), attraverso la "rifunzionalizzazione dell'ambiente" anche attraverso l'interazione con attività economiche e antropiche. La riqualificazione degli spazi interessati, sia di natura industriale, sia di quelli prossimi urbani e periurbani trova nel principio di sostenibilità il proprio fondamento come cornice sistemica all'interno della quale politica, economia, scienza devono trovare la propria sintesi. Tale principio è peraltro apprezzato in una dimensione complessiva e comprensiva, menzionando la Carta la sostenibilità in senso ambientale, economico, temporale, sanitaria ed etica.

⁴ L'apertura della Carta al mondo accademico appare particolarmente significativa anche alla lue del Manifesto di Udine siglato il 30 maggio 2019 "Le Università per la Sostenibilità" nel quale viene riconosciuto il ruolo fondamentale che esse rivestano nell'attuazione degli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile ONU 2030 e suggerisce la realizzazione di azioni concrete e secondo diverse linee di azione a) valorizzazione dell'educazione universitaria per la sostenibilità, che includa approcci sistemici e interdisciplinari, recuperi il valore dell'etica, riconosca il legame con il territorio, assuma una forte responsabilità nella formazione dei docenti. b) messa a frutto delle competenze interne agli atenei, anche mediante laboratori aperti di sperimentazione educativa, per supportare il decisore pubblico nelle scelte di investimento su città e territorio, in un'ottica di supporto alla domanda interna del Paese. c) impegno ad operare, anche con il coinvolgimento della componente studentesca, per la rigenerazione dei luoghi e per assumere un ruolo trainante nei confronti del territorio con riferimento, tra gli altri, alla mobilità sostenibile, all'efficienza energetica del patrimonio immobiliare, alla gestione dei rifiuti, in un'ottica di economia circolare. d) Impegno a istituire, sulla base degli esempi virtuosi già esistenti, una struttura integrata di sostenibilità di ateneo con figure qualificate di Manager (Sustainability, Energy, Mobility, Waste & resources) e di inserire nei propri Piani Strategici almeno uno degli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile di Agenda 2030 dell'ONU. E) Potenziamento delle attività di analisi e quantificazione degli impatti delle strutture universitarie in termini di consumi delle principali risorse, gestione dell'energia e generazione di emissioni climalteranti. Parimenti vanno stimolati gli approcci basati su creatività e metodologie interattive di costruzione di scenari di lungo periodo. L'obiettivo è di rafforzare la resilienza e la capacità di adattamento delle comunità locali nei confronti dei cambiamenti climatici e ambientali. F) Ripensamento del modello di produzione alimentare in chiave eco-sistemica. Comportamenti alimentari virtuosi abbinati a stili di vista sostenibili possono contribuire a soddisfare i bisogni di benessere in un'ottica di prevenzione e di supporto alla salute. Impegno alla promozione dell'inclusione e della coesione sociale sia attraverso le proprie missioni istituzionali di didattica, di ricerca e di condivisione della conoscenza, sia nell'ambito delle proprie attività organizzative. I principi costitutivi sono la riduzione dei divari sociali e territoriali, la parità di genere, la tutela dell'ambiente, la fiducia nelle relazioni interpersonali.

Come è noto⁵, per sviluppo sostenibile si intende un modello che consente di soddisfare i bisogni del presente senza compromettere la capacità elle future generazioni di far fronte a quelli che potranno insorgere. Per raggiungerlo è importante armonizzare tre elementi fondamentali: la crescita economica, l'inclusione sociale e la tutela dell'ambiente. In piena aderenza con l'etimo del verbo sostenere (tenere su), lo sviluppo si "tiene su" se dura nel tempo, senza danneggiare, compromettere o distruggere le risorse che impiega. Ciò spiega la compenetrazione tra sostenibilità sostenibilità sociale, sostenibilità umana, sostenibilità educativa⁶, sostenibilità comportamentale, economica e soprattutto etica. La rappresentazione in senso pluridimensionale della sostenibilità è pienamente percepita dalla Carta adottata dal Ministro che, in anche in considerazione dell'emergenza COVID, inserisce opportunamente il riferimento alla sostenibilità finanziaria, apprezzando in modo pieno la questione "valoriale" attraverso la centralità delle persona anche in rapporto ai diritti della natura, i principi di responsabilità sociale e verso l'ambiente e i doveri di solidarietà anche in rapporto al contesto sociale sono chiamate a trovare una necessaria sintesi, coniugando crescita e rispetto della dignità umana e della natura⁷, interessi privati, Stato, mercato e diritto sociali8. Tale concetto di sostenibilità è fortemente promossa in ambito internazionale ed europeo ove il principio primigenio di natura risarcitoria riparatoria "chi inquina paga", posto anche a fondamento delle politiche ambientali anche in materia di bonifiche, è stato via via rafforzato passando dal riconoscimento della protezione ambientale a politica dell'UE (Trattato di Maastricht e poi Trattato di Amsterdam e quindi nell'Atto Unico europeo per poi approdare con il trattato di Lisbona ad una prima formulazione (cfr. art. 191 del Trattato in forza del quale "la politica dell'Unione in materia ambientale contribuisce a perseguire i seguenti

⁵ P.A. PILLITU, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto ambientale dell'Unione europea*, in P. Fois (cur.), Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente, Napoli, 2007, pp. 219 A. MARZANATI, *Lo sviluppo sostenibile*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotes*i, Napoli, 2003, pp. 139 ss.; ID., *La fraternità intergenerazionale: lo sviluppo sostenibile*, in A. Marzanati, e A. Mattioni (a cura di), La fraternità come principio del diritto pubblico, Roma, 2007, pp. 127.

⁶ Cfr. M. Magatti, *Cambio di paradigma, uscire dalla crisi pensando al futuro*, Milano, 2017, pag 105, secondo cui "sostenibilità ambientale significa tante cose: assunzione del vincolo ecologico per lo svolgimento delle attività economiche, ma anche nuovi stili di vita personale e nuovi modelli di organizzazione sociale (si pensi al tema della mobilità), qualità dell'aria che si respira, cura idrogeologica, del territorio, prevenzione antisismica, lotta allo spreco, efficienza energetica e coso via. ...Una seconda dimensione è la sostenibilità sociale e infine c'è la sostenibilità umana che a che fare con tre aspetti: uno demografico, uno generazionale e uno formativo. ". Conclude l'A: in questa accezione integrale, l'idea di sostenibilità è un atto di realismo economico. Essa, infatti, implica un ritorno a pensare economicamente, in un quadro cioè di risorse limitate (e non illimitate) come negli ultimi decenni, dentro una rete di relazioni di tipo ecologico, sociale, politico".

⁷ Così L. Tafaro, *DIRITTI UMANI OGGI: SVILUPPO SOSTENIBILE E GENERAZIONI FUTURE, VI corso brasiliano interdisciplinare sui diritti Umani*, Fortaleza, 2017, pag. 43, secondo cui "occorre ripensare il diritto moderno, rinnovarlo, renderlo adeguato a garantire la sostenibilità dello sviluppo. In tal modo, mi pare che siano tracciati i confini ulteriori di un innovato diritto civile, chiamato ad assolvere (accanto alla tradizionale funzione di garantire la pace sociale regolamentando i rapporti tra i privati) un compito non facile: assicurare uno sviluppo incentrato sulla persona umana, tutelare i diritti (di esistenza e di sviluppo) delle generazioni presenti e future e (la sopravvivenza) del pianeta, in considerazione del fatto che: "non siamo minacciati soltanto da forze distruttive per l'individuo e per la società, ma anche da forze distruttive per l'ambiente. Infatti, la società moderna sembra più minacciata dallo sviluppo insostenibile che dagli attacchi diretti alla libertà individuale".

⁸ M. PENNASILICO, Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto, in Persona e mercato, 2015, 1, pag. 37 ss., Id., Sviluppo sostenibile e "contratto ecologico": un altro modo di soddisfare i bisogni, in Rass. dir. civ., 2016, pag. 1291 ss., e ancora M. PENNASILICO (a cura di), Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale, Atti del convegno, Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, 287 ss. (da cui si citerà); I. ALOGNA, La circolazione del modello di sviluppo sostenibile. Prospettive di diritto comparato per un percorso multidirezionale, in G. CERRINA FERONI-T.E. FROSINI-L. MEZZETTI-P.L. PETRILLO (a cura di), Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile, I, 1, in cesifin.it, 2016, pag. 145 ss.

obiettivi: a) salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, b) protezione della salute umana, c) utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, d) 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"). In questo contesto, vengono definiti obiettivi specifici che via via diventano sfidanti e indifferibili, esprimendo il contenuto del concetto di sostenibilità come la riduzione delle emissioni di carbonio, e dei gas serra, l'aumento delle fonti di energia rinnovabili, il miglioramento dell'efficienza energetica, l'efficiente utilizzo delle risorse, la gestione efficiente dei rifiuti ecc..

Altro tema posto con forza dalla Carta è quello del ruolo fondamentale della ricerca scientifica e della conoscenza. Va, infatti, evidenziato che il settore delle bonifiche, per le sue peculiarità, non può essere gestito come altri comparti in cui possono essere recuperate solo tecnologie consolidate⁹ e adoperati in altri contesti ambientali, in quanto caratterizzato dall'elevata intensità di conoscenza e di innovazione tecnologica che è condizione necessaria per portare al soddisfacimento dei criteri di economicità e di sostenibilità ambientale. L'apertura delle bonifiche all'innovazione scientifica può, infatti, contribuire fattivamente alla crescita, favorendo la competitività delle imprese italiane anche attraverso percorsi di consolidamento e condivisione della conoscenza scientifica e la graduale osmosi tra teoria e scienza applicata, così come stabilito dalla nostra Carta Costituzionale.

L'innovazione si atteggia non solo come un fattore di produzione aggiuntivo rispetto al lavoro e al capitale, ma il vero e proprio motore dello sviluppo delle economie nazionali. Fondamentale appare quindi il sostegno della ricerca e della scienza applicata nel comparto delle bonifiche, anche attraverso interventi speciali e destinati anche in considerazione della rilevanza che soluzioni tecnologiche innovativo possono assicurare rendimenti sociali sia immediati che soprattutto futuri (come diceva Nelson Mandela Innova chi guarda al presente e pensa al futuro). Un investimento fondamentale in una società al passo con i tempi che, tuttavia, va "oltre l'economia", contribuisce, oltre che alla crescita, soprattutto all'innalzamento del senso civico e dei rendimenti sociali, fattori importanti di coesione sociale e di benessere dei cittadini.

L'avanzamento tecnologico¹⁰ e della qualità del trasferimento tecnologico può rappresentate un utile stimolo per promuovere l'adozione di interventi di natura regolatoria e ordinamentale¹¹ da parte dei decisori politici che, in particolare negli ultimi periodi, hanno dimostrato attenzione e sensibilità ai temi dell'economia circolare¹² e più

⁹ Cfr. V.F. Uricchio, E. Brugnoli, C. Massarelli, *TECNOLOGIE DI BONIFICA DEI SITI CONTAMINATI: PRINCIPI DI FUNZIONAMENTO ED ESEMPI DI APPLICAZIONE*, Bari 2014.

¹⁰ Cfr. V.F. Uricchio, E. Brugnoli, C. Massarelli, LE INNOVAZIONI TECNOLOGICHE NEL SETTORE DELLA CARATTERIZZAZIONE E BONIFICA DEI SITI CONTAMINATI: PANORAMICA SUI PIÙ RECENTI SVILUPPI DELLA RICERCA ITALIANA, Bari 2014.

¹¹ Cfr. G. M. Cartanese, *SUL REGIME FISCALE DEGLI ACCORDI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI AVENTI AD OGGETTO LA BONIFICA DI SITI INQUINATI* in *Ambiente e diritto*, 2020, secondo la quale "i profili giuridici si intrecciano con quelli tecnico-scientifici, anche in considerazione di quanto stabilito dalla lettera f-*bis* del comma 1 dell'art. 24 del D.L. 5/2012 al comma 7 del citato art. 242 del D.Lgs. n. 152/2006, che promuove l'integrazione tra saperi. Ciò richiede apertura normativa, da tempo avviata, e soprattutto semplificazione normativa e procedimentale (art. 242 bis avente ad oggetto la procedura di bonifica "semplificata"), meritevole di essere implementata e sostenuta, anche al fine di perseguire in modo efficace gli obiettivi perseguiti, anche in relazione agli ambiti territoriali interessati (sitospecificità). In questa prospettiva, l'art. 242 bis del codice dell'ambiente introdotto con il decreto competitività del 2014 consente la bonifica a proprie spese da parte dell'interessato, coerentemente con il principio di responsabilità (chi inquina paga) attraverso una procedura semplificata che consenta la riduzione e la limitazione degli effetti della contaminazione, assicurando comunque il controllo *ex post*".

¹² Nel documento della COM(2015) 614 del 2.12.2015, "*l'anello mancante - Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*" vengono individuati cinque ambiti di azione, ritenuti essenziali nella catena del valore di beni o servizi quali la progettazione, la produzione, il consumo, la gestione dei rifiuti, il mercato delle materie prime

specificatamente del contrasto alla contaminazione delle matrici ambientali e del ripristino dei delicati equilibri che interessano i sistemi naturali. Lo stretto collegamento tra bonifiche sostenibili e economia circolare è pienamente percepito e apprezzato dalla Carta in esame, proprio nella consapevolezza della maturazione di una maggiore sensibilità ambientale e del ruolo imprescindibile dell'innovazione per lo sviluppo dell'economia del Paese.

Infine solo rafforzando il *nucleo forte e vincente* della sostenibilità nelle bonifiche, così come in ogni altra attività umana, si possano generare impulsi per lo sviluppo dell'economia del Paese, fondando il rinnovamento su criteri che tutelano l'ambiente ed, attraverso di essa, la salute dei cittadini ed il futuro delle attività antropiche nel Paese.

In tale direzione la Carta delle bonifiche sostenibili, punta a principi lungimiranti e particolarmente attenti a cogliere impulsi che concretizzino le giuste consonanze tra economicità ed efficacia, nel segno della tutela ambientale e della salute.

LA CARTA SULLE BONIFICHE SOSTENIBILI

Premesse

Parte I - Dichiarazione di principio: La trasposizione degli obiettivi sviluppo sostenibile 2030 nelle strategie di bonifica

Parte II - La sostenibilità ambientale, economica, temporale, sanitaria ed etica nelle bonifiche

Parte III - L'impegno dei firmatari

Premesse

La Carta per le bonifiche sostenibili rappresenta un documento strategico in cui cristallizzare i principi di *sostenibilità ambientale, economica, temporale, sanitaria* ed *etica* a cui ispirare gli interventi riferibili al ciclo delle bonifiche di siti potenzialmente contaminati e contaminati.

seconde. Tra le filiere economiche, sono altresì menzionate quelle a maggiore impatto ambientali quali plastiche e rifiuti soprattutto di natura alimentare oltre che quelli rivenienti da apparecchiature elettriche ed elettroniche (AEE), favorire il riciclaggio e prevenire la produzione di dei rifiuti mentre tra le azioni di natura trasversale riferibile a qualunque comparto il sostegno al trasferimento tecnologico e più in generale all'innovazione e il costante monitoraggio dei risultati e dei processi avviato al fine di valutarne l'efficacia. L'attuazione del piano d'azione per economia circolare viene assunta come priorità dell'Unione Europea, come confermato dalla COM (2017) 33 del 26.1.2017 (Sull'attuazione del piano d'azione per l'economia circolare) e dalla COM(2019)22 del 30 gennaio 2019 (Documento di riflessione verso un'Europa sostenibile entro il 2030). Ha fatto seguito, come vedremo, la COM (2020) 98 del 11 marzo 2020, che ha adottato un nuovo piano d'azione per l'economia circolare (per un'Europa più pulita e più competitiva,) da coordinare con il Green Deal europeo. Si veda inoltre la Comunicazione COM(2019) 0640, preceduta dalla COM(2018) 0773 del 28 11. 2018 (Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra).

La Carta per le bonifiche sostenibili è una *Dichiarazione di principi* che, nel riconoscere la centralità degli obiettivi sviluppo sostenibile 2030 nella attività di governo dei territori, intende favorire approcci orientati da tali criteri e finalizzati al trasferimento nelle pratiche ordinare di caratterizzazione, messa in sicurezza e bonifica dei siti inquinati, perseguendo, altresì, finalità di riqualificazione funzionale dello spazio urbano, periurbano, industriale ed agricolo, salvaguardando la biodiversità e tutelando le matrici ambientali aria, acqua e suolo e sottosuolo.

In particolare, attraverso le bonifiche, s'intendono perseguire politiche di salvaguardia delle risorse naturali nella loro complessità puntando rifunzionalizzazione dell'ambiente inteso come un apparato complesso, composto da elementi eterogenei che coesistono in un certo spazio (acqua, aria, suolo, habitat, popolazione, attività economiche, ecc...), con approcci in grado di considerare le interazioni presenti tra i vari elementi e superando la visione segmentata in distinte componenti ambientali.

La Carta, inoltre, riconosce la centralità della conoscenza scientifica e dei momenti formativi ed informativi nelle tematiche ambientali al fine di educare tecnici specialisti e cittadini, giovani in particolare, alla consapevolezza e responsabilità nell'uso delle risorse naturali ed alla salvaguardia dell'ambiente.

I firmatari s'impegnano a favorire i programmi d'innovazione tecnologica e di ricerca in ogni ambito, pubblico e privato, per migliorare l'efficienza ambientale delle bonifiche e diminuire l'impatto ambientale che le stesse possono esprimere.

La Carta, inoltre, nel riconoscere l'importanza dei temi ambientali come fattori di eccellenza e competitività economica, intende stimolare iniziative che sviluppino in questo ambito nuove opportunità di lavoro.

La Carta, infine, intende ispirare processi di "semplificazione amministrativa" finalizzati alla riduzione dei tempi burocratici, garantendo al contempo, elevati standard di qualità dei sevizi erogati.

Parte I - Dichiarazione di principio: La trasposizione degli obiettivi sviluppo sostenibile 2030 nelle strategie di bonifica.

La filiera delle bonifiche si presta particolarmente all'approccio multidimensionale fortemente richiamato dall'Agenda 2030, considerando che la tutela del capitale naturale può essere perseguita in modo efficace, sostenibile, equilibrato ed inclusivo, rispettando i principi citati nei 17 obiettivi (Goal) e 169 sotto obiettivi (Target). La corretta bonifica dei siti inquinati genera migliori condizioni di benessere, riduce la povertà, assicura la sostenibilità ambientale, ricrea fiducia nelle istituzioni, rafforza le opportunità di crescita e restituisce competitività alle imprese.

Le bonifiche sostenibili privilegiano approcci fondati sull'alta considerazione dei servizi ecosistemici espressi dalle matrici ambientali e dagli habitat, includendo la biodiversità, anche microbica, la capacità depurativa, gli effetti sul microclima, gli stoccaggi potenziali di carbonio, la produttività agricola e di biomasse, la riserva di acqua e nutrienti.

Le bonifiche sostenibili propongono una visione per un nuovo modello economico circolare in grado di trattenere CO₂ o ridurre le emissioni ed incrementare la resilienza ai cambiamenti climatici.

Il tasso di consumo di risorse rinnovabili, come le acque sotterranee, e in particolare di quelle non rinnovabili come il suolo, il cui tasso di ricostituzione ha tempi non confrontabili con quelli umani, non deve eccedere da quello assicurato dai sistemi naturali. La sostenibilità ambientale significa anche che il tasso di emissione degli inquinanti non deve superare la capacità dell'atmosfera, dell'acqua e del suolo di trattenere e degradare tali sostanze, rendendole innocue ed avendo cura della biodiversità anche microbica nei suoli.

La Carta per le bonifiche sostenibili comporta le seguenti priorità:

- investire nella conservazione del rimanente capitale naturale, ovvero nei suoli, acque di falda, habitat, etc., riconoscendo appieno l'importanza dei servizi ecosistemici rispettivamente espressi;
- favorire la crescita del capitale naturale riducendo l'attuale livello di degrado;
- promuovere l'economia circolare anche nei processi di bonifica, alimentando le filiere verdi;
- migliorare l'efficienza dell'azione di bonifica in termini economici, temporali, sanitari.

Parte II - La sostenibilità ambientale, economica, temporale, sanitaria ed etica nelle bonifiche.

La Carta considera le attività di caratterizzazione, messa in sicurezza e bonifica, elemento orientato ad assicurare la tutela dell'ambiente e della salute umana, considerando anche l'aspetto economico e temporale. In particolare promuove:

- la sostenibilità ambientale, privilegiando, per quanto possibile, le tecniche di bonifica on-site ed in particolar modo quelle che prevengono e/o evitano la produzione dei rifiuti, escludono trasporti con le conseguenti emissioni di CO₂ ed il rischio di traffici illeciti di rifiuti. Gli interventi dovranno inoltre avvalersi di tecnologie di bonifica che prevengano il consumo di suolo limitando per quanto possibile tecnologie di mero scavo e smaltimento in discarica dei suoli contaminati. În particolare sono preferibili le tecniche di fitorisanamento che si basano sulla creazione di filiere verdi che, dalla bonifica di suoli contaminati, portino alla produzione di nuove energie rinnovabili (syngas, biofuels, energia elettrica) e di biochar (ammendante di ottima qualità che per la sua alta porosità aumenta la ritenzione idrica e quella degli elementi nutritivi che rimangono più a lungo disponibili per le piante; migliora inoltre la struttura del terreno e le sue proprietà meccaniche; in aggiunta essendo in grado catturare e trattenere significative quantità di CO₂, contribuisce al contrasto dei cambiamenti climatici). Altrettanto efficaci sono le tecniche di biorisanamento basato sul metabolismo microbico di determinati microrganismi in grado di biodegradare o detossificare sostanze inquinanti. Tecniche di biorisanamento possono essere utilizzate in differenti contesti (terrestri, marini, lacustri), su più matrici ambientali comprendenti anche le acque di falda;
- la sostenibilità economica, tesa a ridurre sensibilmente i costi delle bonifiche, consente, a parità di fondi, di effettuare interventi di risanamento in più ampie porzioni di territorio. In aggiunta, la diminuzione degli importi per unità di superficie, di fatto determina una conseguente riduzione dell'interesse delle mafie e dei sodalizi criminali strutturati e non, in genere più attratti da attività ad elevata remunerazione. La sostenibilità economica deriva anche dalla possibilità di alimentare la filiera verde con la produzione di biomasse derivanti dalla coltivazione arborea ed arbustiva per la generazione di energia green, coinvolgendo altresì la comunità agricola per la coltivazione delle aree interessate da interventi di bonifica;
- la sostenibilità temporale orientata alla riduzione dei tempi del procedimento amministrativo, operata anche mediante una revisione della disciplina di bonifica, ricercando anche eventuali modalità tecniche per superare le tempistiche derivanti da eventuali sequestri giudiziari. Gli interventi di caratterizzazione e messa in sicurezza devono essere gestiti in tempi rapidi al fine di evitare che i contaminanti possano

disperdersi nell'ambiente e raggiungere i bersagli ecologici ed umani (anche per il tramite di prodotti ortofrutticoli);

- 4) la *sostenibilità sanitaria* è legata all'efficacia dei trattamenti di bonifica, puntando alla rimozione/degradazione, in via prioritaria, di inquinanti a più elevata tossicità per l'uomo e valutando l'effetto sinergico legato alla compresenza di sostanze sia pure sotto soglia (attraverso approfondimenti tossicologici, ecotossicologici e biomolecolari). La gestione di tempistiche d'intervento opportune deve essere valutata in particolare avendo cura degli effetti sulla salute umana;
- 5) la sostenibilità etica, mira a ricercare un'eticità ambientale condivisa, indissolubilmente riconnessa alla rivalutazione del rapporto uomo-natura. Tale ricerca non può non coinvolgere anche la sfera spirituale dell'uomo, le sue convinzioni religiose o filosofiche, le quali contribuiscono a consolidare una coscienza ecologica al fine di individuare le regole generali di comportamento per il bene comune. In questo modo si potrà risanare il rapporto uomo-natura attraverso un'azione mirata ad orientare approcci che vadano oltre la rimozione/degradazione degli inquinanti; avendo cura degli equilibri ecologici, della tutela della vita umana e biologica, dell'equità sociale, della dignità dei lavoratori e dei diritti delle generazioni future e combattendo la cultura dello scarto. La collaborazione con le componenti religiose e filosofiche, in uno stato democratico, può condurre a costruire un'etica forte che renda maggiormente consapevoli e responsabili coloro che sono chiamati a partecipare alle scelte per la tutela dal capitale naturale, con la consapevolezza che l'ecologia ambientale passa attraverso la trasformazione delle coscienze: presupposto ineludibile per l'elaborazione e l'attuazione di norme.

Parte III - L'impegno dei firmatari.

I firmatari della Carta per le bonifiche sostenibili si impegnano a:

- a) favorire il sostegno per la ricerca, progettazione, lo sviluppo e l'applicazione di politiche orientate alla realizzazione di bonifiche sostenibili;
- b) avviare strategie e azioni di cooperazione per mantenere una forte interfaccia politico-scientifica anche attraverso linee di azione coordinate tra il mondo scientifico e quello della governance politica;
- c) istituzione di una rete di scienziati e responsabili politici specificamente dedicati alla discussione delle bonifiche sostenibili identificando percorsi di collaborazione e di comunicazione proattiva;
- d) raccogliere e diffondere informazioni sulle buone pratiche sviluppate nei territori e sensibilizzazione i responsabili politici e il pubblico in generale accrescendo la consapevolezza dell'opinione pubblica;
- e) promuovere il principio della sostenibilità presso le Istituzioni e le Imprese;
- f) aumentare il numero di attori istituzionali che sottoscrivono la Carta;
- g) organizzare annualmente un premio per le "Bonifiche sostenibili";
- h) favorire attività di formazione tecnico scientifica per la promozione di tecnologie di bonifica sostenibili;
- i) sostenere strumenti di presidio della legalità, degli iter amministrativi contro le irregolarità per prevenire le infiltrazioni criminali nella filiera delle bonifiche;
- j) promuovere la redazione di linee guida e procedure di relazione per incentivare e regolamentare le attività di monitoraggio e realizzazione di bonifiche sostenibili.

UN MANUALE PER IL "BUON GOVERNO".

Recensione a S. Cassese, Il buon governo. L'età dei doveri. Mondadori, Milano, 2020, pp. 288, € 19.

Simone Budelli

Un grande saggio, un illustre professore e giudice costituzionale emerito, un indiscusso protagonista della vita pubblica di questo nostro paese, (ma anche un prezioso componente del comitato scientifico della nostra rivista), ci ha regalato in questi giorni un ennesimo lavoro in cui sono contenute riflessioni e pensieri utili per il "buon governo" dell'Italia (e non solo).

Stiamo parlando di Sabino Cassese, che dopo aver indagato sulle difficoltà e sulle prospettive delle moderne democrazie¹, proprio in questi giorni ha dato alle stampe, sempre per i tipi della Mondadori, un nuovo utile volume dal titolo *Il buongoverno. L'età dei doveri*, che costituisce la continuazione del volume *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, Il Mulino, Bologna, 2019, dedicato ai mutamenti politici intervenuti nel biennio 2017- 2018. Il titolo sembra alludere a come l'età dei diritti², possa ancora considerarsi incompiuta e come invece la "retorica" li abbia spesso trasformati da strumenti di protezione dei più deboli, a mezzi di artata legittimazione delle ingiustizie.³ Non ci si può dunque non chiedere⁴ se, in questo mondo globalizzato, che diventa sempre più piccolo⁵, interconnesso, controllato⁶, ma paradossalmente più insicuro⁷ e ingiusto⁸, è

¹ S. Cassese, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2017, in particolare i capitoli III (*Le difficoltà della democrazia*, p. 47 e ss) e VI (*Le prospettive odierne*, p. 95 e ss.).

² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990. Ma lo stesso Bobbio, dopo aver trascorso una vita da intellettuale militante a difesa della libertà e dei diritti che la sostanziano, al termine del suo percorso di vita, è costretto a constatare che la sistematica violazione dei diritti dell'uomo in quasi tutti i paesi del mondo, dimostra come essi "costituiscono un'invenzione più annunciata che eseguita" (N. Bobbio, *Autobiografia*, Roma – Bari, 1977, p. 261).

³ G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017, p. 6, ci ricorda come il diritto ci ha liberato dall'oppressione della tirannide, ma che oggi è il tempo soprattutto dei doveri.

⁴ K. Polanyi, *La libertà in una società complessa*, Torino, 1987, a p. 186 "E' illusorio in una società complessa immaginare di poter perseguire la propria libertà come salvezza personale [...] la ricerca dei limiti è maturità".

⁵ M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967, con felice espressione ha parlato di un mondo trasformato grazie alle innovazioni tecnologiche in un piccolo "villaggio globale".

⁶ Attraverso la tecnologia ogni cittadino viene controllato negli spostamenti, nelle conversazioni, nei suoi interessi e orientamenti sociali, con buona pace del diritto alla privacy (cfr. *Dichiarazione sul trattamento dei dati personali nel contesto dell'epidemia di COVID-19*, adottata il 19 marzo 2020 dall'European Data Protection Board).

^{7 (}Gli uomini più sicuri della storia dell'umanità sono anche, paradossalmente, i più spaventati» (Z. Bauman, Paura liquida, Roma – Bari, 2008)

⁸ La globalizzazione, che avrebbe dovuto portare alla "fine della storia" (F. Fukuyama, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992) pare invece condurci irrimediabilmente (passando dall'inverno nucleare al riscaldamento globale) verso la fine del mondo, annunciato stavolta non da predizioni mistiche-astrologiche, ma dalle scienze empiriche (climatologia, geofisica, oceanografia, biochimica, ecologia). Invece di accompagnarci verso un umanesimo rigenerato (E. Morin, *7 lezioni sul pensiero globale*, Milano, 2016), in cui tutti i terrestri avrebbero preso coscienza del comune destino, la globalizzazione sembra invece aver aumentato la paura e la diseguaglianza tra e all'interno delle varie comunità (R. Baldwin, *La grande convergenza*, Bologna, 2019). Come noto, l'1% della popolazione mondiale possiede la metà della ricchezza del pianeta e le 100 persone più ricche del mondo possiedono più del patrimonio complessivo dei 4 miliardi di persone più povere. Sulle mirabolanti promesse della globalizzazione si vedano anche T. L. Friedman (*The World Is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century*, New York, 2005) e J. Bhagwati (*Elogio della globalizzazione*, Bari, 2005). Sul tentativo di trovare nuove vie per un mercato globale più efficiente, si veda, invece, il recente lavoro di D. Rodrik (*Dirla tutta sul mercato globale. Idee*

ancora utile continuare nell'ostinata rivendicazione a senso unico dei diritti. Tale *modus* agendi sembra averci portato inopinatamente al risultato opposto, ovvero alla loro sistematica violazione o alla riduzione di alcuni diritti a favore di altri. Essi, osserva Zagrebelsky, sono come un Giano bifronte, con un lato benefico e uno malefico «e spesso quello malefico sta nelle mani dei potenti, mentre il lato benefico è spesso in mano agli impotenti». I diritti, come noto, non sono a costo zero e l'ampliamento degli uni riduce gli spazi degli altri.

Ubriacati dalla retorica dei diritti¹⁰, non ci siamo forse neppure accorti che la legalizzazione dei desideri, può portare a diritti distorti¹¹. E allora il diritto alla felicità¹² di cui parla anche la Costituzione americana e che periodicamente torna d'attualità è un miraggio utopico? Con una delle sue folgoranti battute alla domanda "Lei è mai stato felice" Woody Allen rispondeva "Mai più di sei ore di fila". Ma se, come osservava Montaigne, «nessuno sta male per molto tempo se non per colpa sua» 13, a livello sociale, affinché la felicità sia più stabile delle sei ore godute da Allen, forse, come sembra indicare Cassese, è necessario esplorare l'ambito dei doveri nella loro intima connessione con i diritti. Ma dove e con chi è possibile stipulare questo nuovo patto dei diritti, ma soprattutto dei doveri, se - come osserva Cassese - il declino dei partiti è «legato alla perdita di importanza della politica come processo di formazione progressiva di orientamenti popolari diffusi, con la conseguenza che i partiti conservano solo il legame con lo Stato, rompendo quello con la società»? Se assistiamo allo «svuotamento del Parlamento, divenuto organo di registrazione di decisioni prese altrove e neppure dal Governo»¹⁴? Se le politiche pubbliche vengono sempre ricondotte non ad esigenze sociali, ma a necessità individuali o di parte? Se la competenza non è più criterio di selezione della classe dirigente? Se non risolviamo la prioritaria questione della responsabilità nella P.A.¹⁵? Il diritto pubblico, infatti, a differenza del diritto privato, non dispone facilmente di strumenti che possano «collegare al mancato adempimento di un dovere una conseguenza che agisca come sanzione in senso lato» (p. 255). Tenendo conto di ciò, parrebbe assolutamente necessario misurare la funzionalità e il concreto modo di essere delle istituzioni, considerando che sono le istituzioni a dettare le regole del gioco e a determinare o a impedire il buongoverno. In altri termini, è la qualità delle istituzioni, secondo Cassese, a condizionare la struttura economica e la sovrastruttura (p. 6).

per un'economia mondiale assennata, Torino, 2019), ma a tal proposito sarebbe utile (come fa Zamagni che ha organizzato nel 2013 insieme a Luigi Bruni e Pier Luigi Porta, una giornata di studio organizzata presso l'Istituto Luigi Sturzo con il titolo "Ragioni e sentimenti civili per un'economia e una politica dal volto umano. La lezione di Antonio Genovesi") rileggere le teorie economiche di Antonio Genovesi (A. Genovesi - a cura di F. Dal Gan-, Lezioni di economia civile, Milano [1758], 2013: "è legge dell'universo che non si può far la nostra felicità senza fare anche quella degli altri"), non potendo non evidenziare che quando gli inglesi studiavano la ricchezza delle nazioni (Adam Smith), i nostri economisti si occupavano già della felicità pubblica.

⁹Osserva G. Zagrebelsky, Diritti per forza, cit. p. 8.

¹⁰ S. Rodotà, *Diritto d'amore*, Roma – Bari, 2015, che scrive nella IV di copertina «Parlare di diritto d'amore non serve a legittimarlo, l'amore non ha bisogno di legittimazione. L'amore vuol farsi diritto per realizzarsi pienamente».

¹¹ P.G. Liverani, Diritti distorti. La legalizzazione dei desideri, Milano, 2016.

¹² Ancor prima di Rosseau, a parlare di felicità sociale fu Ludovico Muratori, (Della pubblica felicità, 1749), secondo cui esiste un bene della società che non è semplicemente la somma del bene degli individui, come invece vorrebbe l'utilitarismo. Il filosofo del diritto neo-aristotelico M. Viley, *Il diritto e i diritti dell'uomo*, Siena, 2009, ci ricorda come da allora il tema ciclicamente viene riproposto e inopinatamente riscoperto "come nuovo".

¹³ M. de Montaigne - a cura di F. Gavarini, A Tournon -, Saggi, Milano, [1588], 2012, p. 1324.

¹⁴ Osserva però Cassese «Lo svuotamento del Parlamento corrisponde a un moto di più lunga durata, segnalato già dai primi osservatori dell'organo, come Bagehot in Inghilterra. La preminenza data alla politica sulle politiche nel teatro nazionale è compensata dall'inversione dei ruoli e livello regionale e locale. L'assenza di organi di correzione, vuol dire anche assenza di freni e quindi la possibilità di decidere più rapidamente».

¹⁵ La questione della responsabilità è «il principale problema del diritto pubblico».

Le problematiche degli apparati amministrativi che l'A. individua sono tre:

- l'esternalizzazione delle funzioni delle amministrazioni, che vengono "doppiate" da enti pubblici od altri soggetti;
- la composizione degli apparati amministrativi di personale («in alcuni uffici di vertice tre quarti degli addetti sono entrati senza concorso»);
- «l'espansione del sistema penale" che alimenterebbe nei responsabili degli uffici pubblici la diffusione della paura non per la «propria disonestà, ma per il protagonismo di accusatori pubblici» (p. 14).

Lo scenario che ne consegue è quello di una interminabile transizione. La novità del contesto economico e politico richiederebbe continui approfondimenti «sulle intersezioni delle discipline» (p. 236), ma diviene, invece, spesso l'occasione per esercitare «l'arte della procrastinazione» (p. 215).

Ecco alcuni dei "lacci" (per usare un termine caro a Guido Carli) che tengono appesa l'Italia e che Cassese ci invita a tagliare. Non mancano, però, fortunatamente, secondo l'A., segnali positivi: «La partecipazione elettorale alle votazioni politiche nazionali si mantiene alta e comunque non scende al di sotto della media degli altri Paesi sviluppati. Anche se la partecipazione politica attiva (ad esempio, partecipare a comizi e cortei) è calante, quella passiva (informarsi di politica) si mantiene alta, coinvolgendo due terzi della popolazione. La frattura tra i modi di formazione dell'opinione pubblica non impedisce la formazione di una arena comune, sia pur limitata».

Gli argomenti, affrontati nelle 300 pagine del volume, sono tanti: dai sovranisti alla globalizzazione, dalla crisi dello Stato alle prospettive dell'Unione Europea¹⁶, dai problemi delle democrazie odierne a quelli specifici del nostro Paese, dalle "rughe" della Costituzione (che però mostra difetti più di nascita che d'età 17) al taglio dei parlamentari¹⁸ (su cui non ha avuto timore di prendere posizione anche in vista del referendum del prossimo settembre).

Tutto è descritto con il linguaggio chiaro, asciutto e diretto, che Cassese è abituato a usare; tutto è osservato con occhio critico e laico, partendo dalla cronaca, ma nell'impegno costante di ricollegare le questioni di oggi a quelle del passato, alla storia, ai dati, alle norme e soprattutto ad una rilevante attenzione per la letteratura scientifica non condizionata dalle barriere disciplinari; tutto è descritto senza infingimenti o piaggerie, ma sempre con affetto per le istituzioni democratiche e per il proprio Paese.

¹⁶ Sostiene Cassese, l'Unione Europea è «il maggior successo dell'ultimo mezzo secolo». Nonostante le sue evidenti problematiche è stata capace di realizzare l'ideale illuminista della pace positiva e di porre un freno alle tentazioni autoritarie. Uno spazio aperto ai commerci, agli scambi, alle idee, di sviluppo e progresso, dove la guerra è assente, come mai si era riusciti a realizzare prima. Specie in questo periodo post-pandemia, l'Unione appare ancora il porto più sicuro per le nostre fragili democrazie, per i nostri Stati desovranizzati nel mondo globalizzato, per la libertà dei popoli europei.

¹⁷ Cassese evidenzia che la nostra Carta "nacque vecchia", almeno nella parte relativa alla forma di governo e riconferma la sua posizione complessivamente favorevole al progetto di revisione bocciato dagli elettori nel 2016, auspicando una seria ripresa del processo riformatore. Se pure la nostra Carta ha retto bene al profondo mutamento della società, non per questo deve essere considerata un testo sacro e immodificabile.

¹⁸ Cassese ritiene risibile la motivazione ufficiale della riforma (il risparmio) e mette in guardia su quella inconfessata, (non la riduzione dei parlamentari, ma la limitazione del Parlamento e della rappresentanza), per perseguire il mito della democrazia diretta.



Collaborazione con AMBIENTEDIRITTO.IT - Rivista Giuridica

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.

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.



AMBIENTEDIRITTO.it - **EDITORE**^{©®}

AMBIENTEDIRITTO.it - Rivista Giuridica Telematica di Diritto Pubblico - 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 - La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - CLASSE A - Riviste Scientifiche Giuridiche - ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano www.ambientediritto.it. Catalogo CINECA - Codice rivista: E197807. Catalogo internazionale ROAD (http://road.issn.org/), patrocinato dall'UNESCO (e curato dal Communication and Information Sector).

Impaginazione e controlli a cura di Nicole Piccozzi.